

DAS SCHWEIGEN ALS VERTRAGSANNAHME IM DEUTSCH-FRANZÖSISCHEN RECHTSVERKEHR UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Bernd Reinmüller

Rechtsreferendar in Wiesbaden

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DAS SCHWEIGEN ALS VERTRAGSANNAHME IM DEUTSCH-FRANZÖSISCHEN RECHTSVERKEHR UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz



vorgelegt von

Bernd Reinmüller

Rechtsreferendar in Wiesbaden

1976



Erstberichterstatter : Professor Dr.jur. Jayme

Zweitberichterstatter: Professor Dr.jur. Harder

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 1976

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor
Dr. F. Jahn, widme ich die Bearbeitung
zu dieser Arbeit. MEINEM VATER
Minister und Deputierten, in diesem Sinne
mache ich herzlich dankend.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis (A)	891
Bibliographisches	891

Erster Teil

enthalten ist und Teil der vorliegenden Arbeit

I.	Zusammenfassung der Vorarbeiten	1
II.	Einleitung	2
III.	Methodik	3
IV.	Ergebnisse der Untersuchung	4
V.	Beschreibung der Arbeit	5
VI.	Ergebnisse der Untersuchung	6

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. E. Jayme, möchte ich für die Anregung zu dieser Arbeit, sowie die zahlreichen Hinweise und Gespräche, an dieser Stelle nochmals herzlich danken.

VII.	Ergebnisse der Untersuchung	7
VIII.	Ergebnisse der Untersuchung	8
IX.	Ergebnisse der Untersuchung	9
X.	Ergebnisse der Untersuchung	10
XI.	Ergebnisse der Untersuchung	11
XII.	Ergebnisse der Untersuchung	12
XIII.	Ergebnisse der Untersuchung	13
XIV.	Ergebnisse der Untersuchung	14
XV.	Ergebnisse der Untersuchung	15
XVI.	Ergebnisse der Untersuchung	16
XVII.	Ergebnisse der Untersuchung	17
XVIII.	Ergebnisse der Untersuchung	18
XIX.	Ergebnisse der Untersuchung	19
XX.	Ergebnisse der Untersuchung	20
XXI.	Ergebnisse der Untersuchung	21
XXII.	Ergebnisse der Untersuchung	22
XXIII.	Ergebnisse der Untersuchung	23
XXIV.	Ergebnisse der Untersuchung	24
XXV.	Ergebnisse der Untersuchung	25
XXVI.	Ergebnisse der Untersuchung	26
XXVII.	Ergebnisse der Untersuchung	27
XXVIII.	Ergebnisse der Untersuchung	28
XXIX.	Ergebnisse der Untersuchung	29
XXX.	Ergebnisse der Untersuchung	30

INHALTSÜBERSICHT

Literaturverzeichnis	XVI
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Erster Teil

Problematik und Ziel der vorliegenden Arbeit

A.	Zustandekommen von Verträgen	1
I.	Sachnormen	
II.	Kollisionen	2
B.	Schweigen als Annahme	3
I.	Rechtsprechung des BGH	3
1.	Sachverhalt und Lösung	3
2.	Unterschiede der Sachnormen	5
3.	Sonderanknüpfung	7
a)	BGH und Literatur	7
b)	Beschränkung des besonderen Annahmestatuts	10
c)	Problem der Arbeit	11
aa)	Lösung des Problems durch das IPR	11
bb)	Lösung des Problems durch Rechts- vereinheitlichung	13
(1)	Internationales Kaufrecht	13
(2)	EWG-Gerichtsstandsübereinkommen vom 27.9.1968	14
(3)	Internationales Obligationenrecht	16
C.	Fragestellung der Arbeit	19
D.	Gang der Untersuchung	20
I.	Allgemeine Untersuchung	20
II.	Art der Untersuchung	23
1.	Rechtsvergleichung im Verhältnis zu Frankreich	23
2.	Methoden der Rechtsvergleichung	25
a)	Frühere Auffassungen	25
b)	Funktionelle Methode	26

E.	Ziel der Untersuchung	28
----	-----------------------	----

Zweiter Teil

Schweigen als Vertragsannahme und stillschweigende Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) in rechtsvergleichender Hinsicht	29
---	----

A.	Schweigen als Willenserklärung und "manifestation de volonté"?	31
I.	Tatbestandsvoraussetzungen der Willenserklärung im Vergleich mit den Voraussetzungen der "manifestation de volonté" (m.d.v.)	32
1.	Allgemeines	32
2.	Vergleich der französischen mit der deutschen Lehre	36
a)	Beurteilung der Frage durch die französische Lehre	36
b)	Die französische Lehre im Vergleich mit der deutschen Lehre - Streit zwischen Erklärungs- und Willenstheorie	39
3.	Vergleich der Rechtsprechungen	43
a)	Beurteilung durch die französische Rechtsprechung	43
b)	Vergleich mit der deutschen Rechtsprechung	44
4.	Auslegung eines menschlichen Verhaltens als Willenserklärung und "manifestation de volonté"	44
a)	Wertung der gesetzlichen Auslegungsvorschriften durch die deutsche Lehre	44
b)	Vergleich mit der französischen Lehre	46
c)	Vergleich der deutschen mit der französischen Rechtsprechung	46
5.	Zusammenfassung	47

II.	Rechtliche Erfassung des Schweigens	48
1.	Abgrenzung der ausdrücklichen Willenserklärung ("manifestation de volonté) von der Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten	48
a)	Beurteilung aus deutscher Sicht	48
b)	Beurteilung aus französischer Sicht	50
c)	Stillschweigende Willenserklärung (manifestation de volonté) und "bloßes" Schweigen	50
2.	Das bloße Schweigen im deutschen und französischen Recht	52
a)	Einführung	52
b)	Beurteilung durch die deutsche Lehre und Rechtsprechung	54
c)	Beurteilung durch die französische Lehre und Rechtsprechung	55
d)	Dogmatische Begründung des Schweigens mit Erklärungswirkung im deutschen Recht	59
e)	Dogmatische Begründung des Schweigens mit Erklärungswirkung im französischen Recht	63
f)	Zusammenfassung	69
B.	Vergleich der Ausnahmen vom Schweigen als rechtliches "nullum" im deutschen und französischen Recht	72
I.	Gesetzliche Ausnahmen	73
1.	Vorschriften im deutschen Recht	73
a)	Schweigen als Ablehnung (§§ 108 II, 177 II, 415 II 2 BGB)	73
aa)	Deutsche Lösung der sozialen Bedürfnisse	73
bb)	Lösung durch die französische Rechtsordnung	75
(1)	Französische Lösung im Vergleich zu § 108 II BGB	75
(2)	Französische Lösung im Vergleich zu § 177 II BGB	77
(3)	Französische Lösung im Vergleich zu § 415 II 2 BGB	79

b)	Schweigen als Zustimmung (§§ 416, 496, 516 II BGB)	80
aa)	§ 416 BGB	80
	(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses	80
	(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 416, I 2 BGB	81
bb)	§ 496 BGB	82
	(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses	82
	(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 496 BGB	83
cc)	§ 516 II BGB	83
	(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses	83
	(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 516 II BGB	84
c)	Sonstige Vorschriften (§§ 568, 625 BGB, 363 HGB, 663, 151 BGB)	86
aa)	§§ 568, 625 BGB	86
	(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses	86
	(2) Französische Lösung im Vergleich zu den §§ 568, 625 BGB	87
bb)	§§ 362 HGB, 663 BGB	88
	(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses	88
	(2) Französische Lösung im Vergleich zu den §§ 362 HGB, 663 BGB	90
cc)	§ 151 BGB	93
	(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses	93
	(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 151 BGB	95
2.	Art. 7 Abs. II des französischen Versicherungsvertragsgesetzes vom 13.07.1930	96
II.	Die nicht ausdrücklich geregelten Fälle	103
1.	Beispiele aus dem deutschen Recht	103
a)	Schweigen auf die Zusendung unbestellter Waren	103
aa)	Deutsche Lösung	103
bb)	Französische Lösung	104

b)	Schweigen auf eine "modifizierte" Annahme	108
aa)	Deutsche Lösung	108
bb)	Französische Lösung	109
c)	Schweigen beim "freibleibenden Angebot"	114
aa)	Deutsche Lösung	114
bb)	Französische Lösung	115
d)	Schweigen im Problembereich der "invitatio ad offerendum"	117
aa)	Deutsche Lösung	117
bb)	Französische Lösung	119
e)	Schweigen auf eine verspätete Annahme	120
aa)	Deutsche Lösung	120
bb)	Französische Lösung	121
f)	Schweigen auf eine nachträgliche Vertragsänderung ohne gesetzliche Grundlage	122
aa)	Deutsche Lösung	123
bb)	Französische Lösung	126
2.	Beispiele aus dem französischen Recht	131
a)	"dans l'intérêt exclusif du destinataire"	131
aa)	Französische Lösung	131
bb)	Deutsche Lösung ?	134
b)	"relation d'affaires"	134
aa)	Französische Lösung	134
bb)	Deutsche Lösung	137
c)	"usages commerciaux"	140
aa)	Die Bewertung des Schweigens auf ein deklaratorisches Bestätigungsschreiben	141
bb)	Die Bewertung des Schweigens auf ein konstitutives Bestätigungsschreiben	147
cc)	Die Bewertung der kaufmännischen Rechnung aus deutscher und französischer Sicht	154
III.	Allgemeine Zusammenfassung der aufgezeigten Ausnahmen	165
1.	Zusammenfassung der geregelten Fälle	165
2.	Zusammenfassung der nicht geregelten Fälle	165

C.	Stillschweigende Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen	169
I.	Gegenüberstellung der "AGB" und des "contrat d'adhésion"	169
1.	Begriff und Bedeutung	169
2.	Rechtsnatur der AGB und des "contrat d'adhésion"	173
II.	Stillschweigende Vereinbarung von Vertrags- bedingungen	180
1.	Allgemeine Geschäftsbedingungen auf dem Vertragsdokument	186
2.	Aushänge im Geschäftslokal	186
3.	Mitteilungen vor Vertragsschluß	189
a)	Auf der Rückseite des Geschäftsschreibens abgedruckte Bedingungen	189
b)	Dem Geschäftsschreiben bloß beigelegte Vertragsbedingungen	190
4.	Geschäftliche Bedingungen in Prospekten	191a
5.	Branchenübliche Geschäftsbedingungen	192
6.	Erfordernis der Klarheit und Deutlichkeit	197
7.	Zusammenfassung	199
III.	Wechselseitige Bezugnahme bei Schweigen jeder Partei auf Vertragsbedingungen des Vertragspartners	201
IV.	Schweigen auf sog. "nachgeschobene" Ge- schäftsbedingungen	206
V.	Zusammenfassung (Unterschiede zum deutschen Recht)	210

Dritter Teil

Das Schweigen als Vertragsannahme und die
stillschweigende Einbeziehung von allge-
meinen Geschäftsbedingungen in kollisions-
rechtlicher Hinsicht

A.	Die Kollisionsnormen	212
I.	Einleitung	212
II.	Die Sonderanknüpfung des Schweigens	214

1.	Maximen der Anknüpfung	214
2.	Stellungnahme des BGH	218
3.	Aufspaltungsverbot, Anknüpfungsgegenstand bei Teilfragen und Bedeutung ähnlicher Bestandteile	218
4.	Internationalprivatrechtliche Interessenabwägung zwischen Ordnungs- und Parteiinteresse des Schweigenden	221
5.	Meinungen in der deutschen Literatur	227
a)	Herrschende Auffassung	227
b)	Theorie vom "zusätzlichen Veto"	229
III.	Präzision der Anknüpfung	234
1.	Verkehrsinteresse als Schranke des Parteiinteresses	234
2.	Präzisierung der Sonderanknüpfung des Schweigens aus materiellrechtlicher Sicht	236
a)	Informationsmöglichkeit des Schweigenden	236
aa)	Darstellung	236
bb)	Kritik	238
(1)	Alleiniges Abstellen auf eine generelle Kenntnis?	240
(2)	Erweiterung der Pflichtenlage auch für die andere Partei	240
b)	Problem der Vertragsänderung	241
c)	Problem der vom Schweigenden selbst angeregten Offerte	243
d)	Zusammenfassung	245
IV.	Renvoi	247
1.	Renvoi im deutschen Internationalen Vertragsrecht	248
a)	Anknüpfung an den ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillen	249
b)	Die Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen	250
c)	Anknüpfung auf Grund von Interessenabwägung und an den Erfüllungsort	251

2.	Die Verweisung auf das französische Kollisionsrecht bei der isolierten Anknüpfung des Schweigens	254
a)	Renvoi im französischen Internationalen Vertragsrecht	254
b)	Das französische Kollisionsrecht in Hinsicht auf die Sonderanknüpfung des Schweigens	256
aa)	Französische Rechtsprechung	256
bb)	Französische Literatur	258
c)	Zusammenfassung	
3.	Rückverweisung auf deutsches Recht	259
V.	Allgemeine Zusammenfassung	261
B.	Anwendung französischer Sachnormen durch deutsche Gerichte	262
I.	Einleitung	262
II.	Sonderanknüpfung bei der stillschweigenden Einbeziehung von AGB im Falle der Zusendung oder des Hinweises auf AGB	265
1.	Franzose schweigt auf deutsche Vertragsbedingungen	265
2.	Sonderanknüpfung bei "branchenüblichen" AGB	270
3.	Beide Parteien schweigen auf die AGB des anderen	274
III.	Die stillschweigende Annahme einer Wahlklausel	276
1.	Meinungsstand	277
2.	Kritik	280
3.	Zusammenfassung	285
IV.	Stillschweigende Annahme einer Gerichtsstandsklausel	286
1.	Zwischenstaatliche Abkommen	287
2.	Lösung durch das deutsche IPR	292
a)	Lösung der Rechtsprechung	292
b)	Lösung in der Literatur	295

V.	Schweigen als Vertragsannahme	297
1.	Kaufvertrag	298
a)	Vertragsstaaten	299
aa)	Art.6 EinhKaufG	302
bb)	Art.7 EinhKaufG	303
cc)	Art.9 EinhKaufG	304
dd)	Zusammenfassung	304
b)	Nichtvertragsstaaten - Rechtsverkehr mit Frankreich -	305
2.	Schweigen bei Schuldübernahme	308
C.	Allgemeine Zusammenfassung	312
D.	Schlußbetrachtung	313

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Dieses Verzeichnis enthält nur die Standardliteratur.
Das Spezialschrifttum wird in den Fußnoten zitiert.

Deutschsprachige Literatur

- | | |
|----------------------|--|
| Baumbach-Duden | Kurzkommentar zum Handelsgesetzbuch.
20. Aufl. 1973 und 21. Aufl. 1974 |
| Enneccerus-Nipperdey | Enneccerus-Nipperdey-Wolff, Lehrbuch
des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 15.
Aufl. 1959 |
| Erman | Erman, Handkommentar zum BGB, 6. Aufl.
1975 mit Angabe des Bearbeiters, z.T.
5. Aufl. 1972 verwendet |
| Esser | Lehrbuch des Schuldrechts, 4. Aufl.
Bd. 1 Allg. Teil 1970, Bd. 2 Besonderer
Teil, 4. Aufl. 1971 |
| Ferid | Das franz. Zivilrecht Bd. 1 u. 2, 1971
Zum Abschluß von Auslandsverträgen, 1954 |
| Firsching | Einführung in das IPR, 1974, JuS-
Schriftenreihe |
| Flume | Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts,
Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975 |
| Götz-Huhn | Das kaufmännische Bestätigungsschreiben,
1969 |
| Guldner | Zession, Legalzession und Subrogation
im IPR, Aarau (Schweiz), 1930 |
| Gutzwiller | Internationales Privatrecht, Basel, 1931 |
| v.Hippel, Fritz | Das Problem der rechtsgeschäftlichen
Privatautonomie, 1936 |
| Hartweg | Renvoi im deutschen internationalen
Vertragsrecht, 1967 |
| Kaser | Das röm. Privatrecht, 1955, 2. Aufl. 1971 |
| Kegel | Internationales Privatrecht, 1971 |
| Kohler | Über den Willen im Privatrecht, in
Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 28 (1889)
S. 166-286 |
| Krüger-Nieland | in Reichsgerichtsräte-Kommentar BGB,
Bd. 1, 11. Aufl. 1959, herausgegeben von
Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern |
| Kreuzer | Das internationale Recht des Warenkaufs
in der deutschen Rechtsprechung, 1964 |
| Krien-Hay | Allg. deutsche Spediteurbedingungen,
3. Aufl., 1971 |
| Lange, Heinrich | Allgem. Teil des BGB, 14. Aufl. 1973 |
| Larenz | Allgem. Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts, 1967, 2. Aufl. 1972 |

Lewald	Das deutsche IPR auf Grundlage der Rechtsprechung, 1931
Manigk	Irrtum und Auslegung in: Das rechtswirksame Verhalten, 1939
Martiny	in Reithmann, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., 1972
Medicus	Bürgerliches Recht, 6. Aufl., 1973
Moser	Vertragsabschluß, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im intern. Obligationenrecht (St. Gallen), 1948
Neuhaus	Die Grundbegriffe des IPR, 1962
Neumann	Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts, 1930
Niederer	Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR, 2. Aufl., 1956
Nussbaum	Deutsches IPR, 1932
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 34. Aufl., 1975
Puchta	Pandekten, 7. Aufl., 1853
Rabel, hrsg.v.Leser	Gesammelte Aufsätze, Bd. II, 1965
Raiser, Ludwig	Recht der AGB, 1961
Raape	IPR, 1961, 5. Aufl.
Ratz	HGB RGRK, Bd. 3, 2. Aufl., 1953-63
Reithmann	Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., 1972
Rehbinder, Manfred	Das Kaufrecht in den AGB der deutschen Wirtschaft, 1970
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Bd. I-VII, 1967-71, mit Bearbeiter
Staudinger	Kommentar zum BGB, 10.-11., 9. Aufl., 1955 ff, mit Bearbeiter
Simitis	Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957
Schlegelberger	HGB, 4. Aufl., Bd. III, 1965, mit Bearbeiter
Schmidt-Salzer	Recht der AGB, 1971, NJW-Schriftenreihe
Sayn-Wittgenstein, Berleburg	AGB im Engl. Recht, 1969
Vischer	Internationales Vertragsrecht, 1962
Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906
Wolff, M.	Das IPR Deutschlands, 3. Aufl., 1954
Weber, Wilhelm	AGB, 1967 (Sonderdruck aus Staudinger)
Zweigert/Kötz	Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Bd. 1 u. 2, 1969/71

Französische Literatur.

- Ancel, M. Utilité et Méthodes du droit comparé
Neuchâtel, 1971
- Aubry-Rau, C. Cours de Droit civil Français d'après la
Méthode de Zachariae, 6. Aufl. Bd. I-IV
(Bertin), Paris, 1936-1942, Bd. V-XII (Es-
mein), Paris, 1948-58
- Batiffol, H. Traité Elémentaire de Droit International
Privé, 5. Aufl., Paris, 1971
— Les Conflits de Lois en matière de Contrats,
Paris, 1938
- Barreyre L'évolution et la crise du contrat,
Thèse, Bordeaux, 1937
- Baudry-Lacanterie Traité Théorique et Pratique de Droit
civil, Paris, 1905-09, 1924-35 (Bonnecase)
- Barrault, J. Essai sur le rôle du silence créateur
d'obligation, Dijon, 1912
- Becquart, J. Les mots à sens multiples en droit civil
français, Lille, 1928
- Berlioz Le contrat d'adhésion, Paris, 1973
- Besson, A. mit Picard, Les assurances terrestres en
droit français, t.I, Le contrat d'as-
surance, 2. Aufl. L.G.D.J., Paris, 1964
- Beudant, Ch. Le Droit individuel et l'état, Paris,
1891, Cour de droit civil français,
2. Aufl., t.VIII, Les contrats et les
obligations, Paris, 1936
- Binoux, J.M. Silence et inaction dans les actes juri-
diques, Paris, 1944
- Bonnecase, J. Précis de Droit Civil, 3 Bände, Paris,
1934/35
- Bonassies, P. in Schlesinger, Formation of contracts,
Bd. 2 French Report, B-5 II E 3, New York,
1968
- Breton, A. Encyclopédie Dalloz Rép.Dall.civil
"consentement"
- Capitant (Capit) Introduction à l'Etude du Droit Civil,
4. Aufl., Paris, 1921
- Carbonnier (Carb.) Droit civil, t II, "Les biens et les obli-
gations", 7. Aufl., Paris, 1972
- Cécile Les réserves et le non-vouloir dans les
actes juridiques, Paris, 1968
- Chabas, J. De la déclaration de volonté en droit
civil français, Paris, 1931
- Colin-Capitant, H. Traité de droit civil, C. Julliot de la
(Col.-Cap.) Morandière, Bd. 2, Paris, 1959

- David, René Les grands systèmes de droit contemporain, 5. Aufl., Paris, 1973
- Dekkers Précis de Droit Civil Belge, 3 Bände, Brüssel, 1954
- Demogue, R. Traité des Obligations en Général, 7 Bände, Paris, 1923, 1924, 1925-33
- Domergue Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion, Thèse, Toulon, 1935
- Duguit Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris, 1927, 3. Aufl.
- Francescakis La théorie du renvoi, Paris, 1958
- Fortier Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, Paris, 1909
- Gounot, E. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Dijon, 1912
- Gaudemet, E. Théorie générale des obligations, publiée par Desbois et Gaudemet, Paris, 1937
- Hauriou Principes du droit public, 2. Aufl., Paris, 1916
- Hémard, J. Escarra et Rault - Traité théorique et pratique de droit commercial, "Les contrats commerciaux", Bd. 1, Paris, 1953
- Ionesco, B. Les effets juridiques de l'apparence en droit privé, Straßburg, 1927
- Lalou, H. Traité pratique de la responsabilité, 6. Aufl., Dall., Paris, 1962
- Littmann, M.L. La silence et la formation du contrat, Straßburg, 1969
- Louis-Lucas Volonté et cause, Dijon, 1918
- Madjarian, J.-Cl. Le silence dans la formation des contrats, Nice, 1965
- Malaurie, Ph. Jurisclasseur civil Art. 1109, 25 Bände, Paris, 1958-1964
- Malinvaud, Ph. J.Cl. Proc. civ. art. 420: Procédure devant les tribunaux de commerce, Compétence "ratione loci" en matière commerciale, Paris, 1961-1965
- Marty-Raynaud Droit civil Bd. II (vol. 1) "Les obligations", Sirey, Paris, 1962
- Mazeaud-Tunc Leçons de droit civil, Bd. 2, 3. Aufl. 1966, Bd. 3, 3. Aufl. Montchrestien, 1968
- Mazeaud Traité de la responsabilité civile, 6. Aufl., Montchrestien, 1965
- Nerson, R. La volonté de contracter in Mélanges Secrétan, Montreux-Lausanne, 1964
- Pardessus Cours de droit commerce, Bd. II, Paris, 1856, 1857

Picard-Besson	siehe Besson
Planiol-Ripert	Traité Pratique de Droit Civil Bd. I-XIII, 4. Aufl., Paris, 1948, (VI - Bearbeiter Esmein), (VIII - Jean Boulanger)
Planiol-Ripert-Boulanger	Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol, Bd. I-VI, Paris, 1956-1959
Ponceau, R.	La volonté de la contrat suivant le Code civil, Lyon, 1921
Rieg, A.	Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Straßburg, 1958
Ripert, G.	La règle morale dans les obligations civiles, 4. Aufl., Paris, 1949
Ripert, G.	Traité élémentaire de droit commercial, Bd. 2 II, 4. Aufl., Paris, 1961
Ripert, G.	Droit maritime, 4. Aufl., Paris, 1952
Rodière, R.	Encyclop.Dall.Rep.dr.civ.s."Mandat", droit de transport, 3 Bände, Paris, 1960, 1961, 1962
Savatier, R.	Traité de la responsabilité civile en droit français, 2. Aufl., L.G.D.J., Paris, 1951
Saleilles	De la déclaration de volonté, Paris, 1929
de Saint-Rémy	De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion, Paris, 1928
Toubiana	Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Paris, 1969
Valéry, J.	Les Contrats par Correspondance, Paris, 1895
Villey	Leçons d'Histoire de la philosophie du droit, Paris, 1962
Vivante	in Escarra, Cours de droit commercial, 1 Bd., Neuaufl. 1952
Waline, M.	L'individualisme et le droit, Paris, 1945
Weill, A.	Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, Straßburg, 1938
Yung	L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, in Mélanges Secrétan, Montreux-Lausanne, 1964

Hinweis zur Zitierweise:

Grundsätzlich ist nur der Name des Autors zitiert, soweit mehrere Werke eines Verfassers verwendet wurden, ist dem Namen ein kennzeichnendes Wort oder die Zeitschriftenfundstelle beigelegt. Zu den Zeitschriftenzitationen siehe Angaben im Abkürzungsverzeichnis.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.gl.O.	am gleichen Ort
a.M.	anderer Meinung
Anf.	Anfechtung
Anm.	Anmerkung
Ann.	Annales
A.T.	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAG	Bundesarbeitsgericht, Entscheidungen
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb (DB)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BR.	Bundesrat-Drucksache
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BrZ	Britische Zone
BT.	Bundestag-Drucksache
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
bzw.	beziehungsweise
Cass.	Cassation, Entscheidungen des Kassationshofs
Cass.civ.	chambre civile, Entscheidungen des Kassationsh.
com.	chambre commerciale
soc.	chambre sociale
C.c.	Code civil
C.com.	Code commerce
cont.	contemporain
C.pr.civ.	Code de procedure civile
Clunet	Journal du droit internationale privé, gegründet von E. Clunet, Paris

D.	Dalloz (Dall.) Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation (1945-1964)
DB	Der Betrieb
D.C.	Dalloz, Recueil critique (1941-1944)
d.h.	das heißt
D.H.	Dalloz Recueil hebdomadaire (1924-1940)
D.P.	Dalloz, Recueil, périodique et critique (vor 1941)
dr.	Droit (Dr.)
d.	de
E.G.	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Recht
Encycl.	Encyclopédie - siehe Répertoire
E.W.G.	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgend, folgende
fasc.	fascicule (Teil des Jurisclasseur)
Fußn.	Fußnote (Fn.)
Gaz.trib.	Gazette des tribunaux
G.P.	Gazette du Palais
gem.	gemäß
Ges.	Gesetz
H.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
i.	ihre
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
int.	international
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts

IZPR	Internationales Zivilprozeßrecht
J.	Jurisprudence, Teil des Dalloz, Recueil
J.C.P.	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
J.O.	Journal officiel
Journal agréés	Revue de jurisprudence commerciale
Journ.faillites	J.f. et des liquidations judiciaires françaises et étrangers
JuS	Juristische Schulung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristen-Zeitung
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
Lb.	Lehrbuch
LG	Landgericht
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive, zum BGB
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen (m.w.N.)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
Pand.R.	Pandektenrecht
Prat.	Pratique
proc.	procédure
Prot.	Protokolle, Materialien zum BGB
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
Rdz.	Randziffer

Rép.	Répertoire Dr.civ.Dalloz, Dr.int.privé Dalloz Dr. com. Dalloz
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Rev.	trimestrielle de droit civil trimestrielle de droit commerce critique de droit international privé internationale de droit comparé
RG	Reichsgericht
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
RGAT	Revue Générale des Assurances terrestres
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft zu AWD
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite
S.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts. Paris, 1861 ff
Sem.Jurid.	La Semaine Juridique (Jurisclasseur)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sog.	sogenannt
Somm.	Sommaires (Teil des Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation.)
st.	ständig
str.	streitig
t.	tome=Band
Tr.	Traité
u.	unten
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
unstr.	unstreitig
v.	von
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WPM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
zust.	zustimmend

Erster Teil

Problematik und Ziel der vorliegenden Arbeit

A. Zustandekommen von Verträgen

I. Sachnormen

Im deutschen Rechtsverkehr kommt im Regelfall ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande. Es muß ein wirksames Angebot uneingeschränkt rechtzeitig angenommen werden, beide Erklärungen müssen inhaltlich übereinstimmen. Dabei ist der Anbietende grundsätzlich, aber nur zeitlich beschränkt, an sein Angebot gebunden, d.h., nach deutschem Recht ist der Antrag für den Antragenden unwiderruflich, es sei denn, daß der Antragende gem. § 145 BGB die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

Demgegenüber ist im französischen Rechtsverkehr die "offre" bis zur Annahme jederzeit frei widerruflich, (anders beim Handelsverkehr), sofern sich der Antragende nicht zur Aufrechterhaltung der "offre" bereiterklärt hat. Ansonsten verlangt auch das französische Recht eine Übereinstimmung, d.h. Willenseinigung, die um so problematischer bei einem Vertrag unter "Abwesenden" sein kann, als zwischen Antrag und Annahme ein zeitlicher Abstand liegen kann, während sich rechtliche Probleme bei Verträgen unter "Anwesenden" wegen der Mündlichkeit dieses Vorganges gewöhnlich nicht ergeben. Da im französischen Recht die "offre" grundsätzlich keine bindende Wirkung hat, ergibt sich auch nicht die Notwendigkeit, die in §§ 147 ff BGB entschiedene Frage zu lösen, wie lange eine Offerte unter Anwesenden angenommen werden kann, d.h. wie lange eine Offerte bindende Wirkung hat.

Diese kurze Einführung in die Grundregeln des Vertragsrechts in beiden Rechtssystemen hat schon deutlich einige voneinander abweichende Regelungen aufgezeigt, die beim Rechtsverkehr innerhalb dieser Rechtsordnungen zwischen Inländern rechtlich keine Rolle spielen, weil man gemeinsam von den vertrauten Rechtsregeln ausgeht.

Die Verschiedenheit der Normen¹⁾ über den Vertragsabschluß unter "Abwesenden"²⁾ wirken sich aber oft hemmend auf das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte³⁾ beim grenzüberschreitenden Rechtsverkehr aus, wobei es zu Kollisionen kommen kann.

II. Kollisionen

Schwierigkeiten ergeben sich nicht nur bei den Fragen, wann oder wo, sondern auch, ob überhaupt ein Vertrag zustandegekommen ist. Sie können bei der Frage, ob ein Vertrag zustandegekommen ist, um so eher auftreten, als eine der beiden Parteien ein Verhalten beim Vertragsabschluß zeigt, dem die Rechtsordnung der anderen eine rechtliche Bedeutung beimißt, ohne daß sich der Betroffene dessen bewußt ist, weil er eine solche Bedeutung von seinem Recht her nicht kennt.

1) Der Code civil enthält im Gegensatz zum BGB (§§ 130, 145f) keine Bestimmungen über die Art und Weise des Zustandekommens der Rechtsgeschäfte und speziell der Verträge. Diese Regeln gehören daher in den Bereich des von Rspr. und Lehre entwickelten Juristenrechts, s. Perid, Bd. 1, § 13 I E 84.

2) Im Internationalen Handel werden Verträge idR unter "Abwesenden" geschlossen, durch Brief- u. Telegrammwechsel, immer häufiger auch durch Fernschreiber.

3) Die frz. Lehre unterscheidet "actes juridiques" von "faits juridiques". Während "actes juridiques" mit Rechtsgeschäft wiedergegeben werden kann, versteht man unter "faits jurid." Ereignisse, die unabhängig vom Willen des Rechtssubjektes Rechtsfolgen bewirken, z.B. Geburt, Tod, schädigende Handlungen.

Unterschiedlich bewertet werden kann vor allem⁴⁾ das Schweigen einer Person auf ein Vertragsangebot, wie es folgender Fall zeigt, den der BGH im Jahre 1971 entschieden hat.

B. Schweigen als Annahme

I. Die Rechtsprechung des BGH

1. Sachverhalt und Lösung

Bei dem Fall, den der BGH am 22.9.1971⁵⁾ zu entscheiden hatte, handelte es sich um die Klage eines deutschen Fabrikanten aus Berlin, der 1965 Verhandlungen mit dem französischen Beklagten, einem Kaufmann aus Paris, aufgenommen hatte. Die Parteien waren sich darüber einig, daß der französische Kaufmann das Alleinvertriebsrecht für Frankreich für die Waren des deutschen Herstellers erhalten sollte.

Die französische Firma bestellte jeweils die einzelnen Lieferungen bei der Klägerin und verkaufte sie im eigenen Namen weiter. Der deutsche Hersteller hielt sich aber, nach dem Vorbringen des Beklagten, nicht an die Abmachungen. Als die französische Firma daraufhin ihre Zahlungen zurückhielt, klagte der deutsche Fabrikant vor seinem Wohnsitzgericht. Da kein inländischer Gerichtsstand gegeben war, kam es darauf an, ob die in den Verkaufsbedingungen und Rechnungen der Klägerin enthaltene Gerichtsstand- und Erfüllungsortklausel durch das widerspruchlose Verhalten der Beklagten angenommen worden ist.

4) Ähnlich ist das Problem, welche Konsequenzen einen Sprachunkundigen treffen, der sich mit ausländischen Vertragstexten auseinandersetzen muß. Häufig fällt dieses Problem mit dem Schweigen auf ein Vertragsangebot zusammen, so wenn es z.B. darum geht, ob fremdsprachliche AGB durch das Schweigen eines dieser ausländischen Sprache nicht mächtigen Vertragspartners Vertragsinhalt werden, siehe zu diesem Problem besonders: Jayme in Festschrift Bärmann, 1975, S.509 ff.

5) BGHZ 57,72 = WM1971, 1332 = Betrieb 1971, 2255
= AWD 1971,589 = MDR 1972, 44 = NJW 1972,391.

Das Kammergericht gab dem Antrag der Klägerin statt und hielt deutsches Recht für anwendbar, "weil die Vertragsanträge aus Deutschland gekommen seien". Der Bundesgerichtshof hob die Entscheidung der Vorinstanz auf und verwies die Sache mit folgender Begründung zurück:

"Da der allgemeine Gerichtsstand der Beklagten (§ 17 ZPO) Paris ist und die Beklagte, dort, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, ihre Zahlungsverpflichtung zu erfüllen hat (§ 29 ZPO), sind nach deutschem Recht, weil die Klägerin die Voraussetzungen eines anderen Gerichtsstandes nicht behauptet hat, die deutschen Gerichte nur zuständig, wenn Art. 13 der Verkaufsbedingungen der Klägerin zwischen den Parteien gilt und dadurch die Berliner Gerichte im Gerichtsstand der Vereinbarung (§ 38 ZPO) oder des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO) zuständig geworden sind. Daß bei Anwendung deutschen Rechts die Gerichtsstands- und Erfüllungsklausel Vertragsinhalt geworden sind, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt; insoweit erhebt die Revision auch keine Bedenken.

Daß das gleiche auch bei Anwendung französischen Rechts gelte, hat das Berufungsgericht unentschieden gelassen und der Beklagte bestritten. Für die Revisionsinstanz ist deshalb davon auszugehen, daß nur bei Anwendung deutschen Rechts, Nr. 13 der Verkaufsbedingungen gilt.

Die Frage, ob das Berufungsgericht zu Recht die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte angenommen hat, kann deshalb nur bejaht werden, wenn deutsches Recht dafür maßgeblich ist, ob die Klausel Nr. 13 vertraglich zwischen den Parteien gilt.

Das richtet sich auch insoweit, als es sich um die Geltung der Gerichtsstandsklausel handelt, nach deutschem IPR. Denn nach BGHZ 49,384 ist eine Gerichtsstandsvereinbarung - jedenfalls, wenn sie wie hier vor dem Prozeß getroffen worden ist - keine Prozeßhandlung, auf die ohne weiteres die lex fori anzuwenden wäre, sondern ein materiell-rechtlicher Vertrag, dessen Zustandekommen sich nach bürgerlichem Recht und bei einem Vertrag mit Auslandsberührung demgemäß nach den Grundsätzen des IPR richtet."

Der BGH knüpfte dann in Ermangelung konkreter Anknüpfungsarten an den Erfüllungsort für den Beklagten an, wonach Schuldstatut französisches Recht war.

Der BGH⁶⁾ führte aber noch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, daß Anknüpfungspunkt für deutsches Recht die Verkaufsbedingungen als Teil eines aus Deutschland kommenden Vertragsangebotes sei, das die Beklagte angenommen habe, weiter aus:

"Es ist allgemeine Auffassung, daß das sogenannte Wirkungsstatut, d.h. die Rechtsordnung, nach der sich die Rechtswirkungen eines bestimmten Rechtsgeschäftes richten, grundsätzlich auch über die Geschäftsvoraussetzungen, also darüber entscheidet, ob ein gültiges Geschäft vorliegt. Dieser Grundsatz bedarf aber der Einschränkung, wenn streitig ist, ob einem bestimmten Verhalten einer Person (insbesondere dem Schweigen) überhaupt rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommt. In einem solchen Fall ist auf das Wohnsitzrecht dessen Rücksicht zu nehmen, dessen Verhalten rechtsgeschäftliche Bedeutung zugemessen werden soll. Ist auch nach dem Wohnsitzrecht das Verhalten rechtlich nicht relevant, so kann das auch dann nicht unberücksichtigt bleiben, wenn nach dem Wirkungsstatut das Verhalten rechtlich relevant ist. Denn man kann einer Partei nicht ohne weiteres ein Verhalten als Willenserklärung anrechnen, wenn sie nach ihrem Heimatrecht mit einer solchen Qualifizierung nicht zu rechnen braucht."

2. Unterschiede der Sachnormen

Nach den Ausführungen des BGH blieb es demnach im vorliegenden Fall völlig ungeklärt, ob die Rechtsansicht der französischen Beklagten dem französischen Recht wirklich entspricht, weil ausländische Sachnormen nicht revisibel sind.

Aus diesem Grunde sah der BGH keine Notwendigkeit darin, sich - außer mit dem Schweigen im Rechtsverkehr -, auch mit der Problematik der stillschweigenden Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu befassen.

6) BGHZ 57, 72, 77.

Gerade bei der Einbeziehung von AGB in Verträge können gesonderte Probleme aufgeworfen werden, weil hier speziell auf den Handelsverkehr Rücksicht genommen wird. Denn AGB unterliegen nach deutschem Recht trotz ihrer grundsätzlichen vertragsrechtlichen Qualifikation teilweise besonderen, ansonsten für Schuldverträge nicht geltenden, Normen⁷⁾, während das französische Recht auf die AGB uneingeschränkt die Normen des allgemeinen Vertragsrechts anwendet und lediglich bestimmte Vertragstypen zwingenden Vorschriften unterwirft⁸⁾.

Weiter kann man die Frage stellen, ob "die Umstände", die in Frankreich zum Schweigen als Vertragsannahme führen, auch unter Nichtkaufleuten gelten, bei denen AGB nicht ohne weiteres Vertragsbestandteil werden, oder nur eine einseitige globale Verweisung auf die AGB des Verkäufers für den Kunden nicht ausreicht.

Der BGH mußte aber auf diese Fragen nicht eingehen. Vielmehr ist die besondere Betonung auf internationalprivatrechtliche Probleme gelegt worden. Trotzdem dürfen diese materiell-rechtlichen Fragen nicht offen bleiben und bedürfen einer Beantwortung. Denn es ist der Fall denkbar für die Instanzgerichte, daß ein einfaches Bestreiten der inländischen Rechtsregeln durch den Ausländer nicht mehr genügt, und der Richter bei einem deutsch-französischen Sachverhalt die Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen näher untersuchen muß.

Dies kann gerade für den Problembereich des Schweigens wichtig werden, weil der BGH unterschiedliche rechtliche Bewertungsstäbe eines menschlichen Verhaltens zur Voraussetzung für die gesonderte Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht machte.

7) Schmidt-Salzer, AGB, NJW - Schriftenreihe 11, S. 1.

8) Merz, Richterliche Kontrolle von AGB S.70;
Neumeayer, Richterliche Kontrolle von AGB, S. 20,
beide in Arbeiten zur Rechtsvergleichung. Bd. 41,

3. Sonderanknüpfung

a) BGH und Literatur

Im internationalen Privatrecht führte diese Entscheidung zu einer Wende in der Anschauung der Rechtsprechung.

Nachdem der BGH schon früher mehrfach die Berücksichtigung des Wohnsitzrechts des Schweigenden für möglich gehalten hatte,⁹⁾ sprach sich der erkennende Senat nunmehr eindeutig für die Maßgeblichkeit dieses Rechtes für die Frage, ob dem Schweigen rechtliche Bedeutung zukommt, aus. In seiner Begründung ging der BGH davon aus, daß eine Gerichtsstandvereinbarung, die vor dem Prozeß getroffen worden ist, nicht als Prozeßhandlung, sondern als materiell-rechtlicher Vertrag anzusehen sei, dessen Zustandekommen sich nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts richtet¹⁰⁾.

Diese Grundsätze beruhen im deutschen internationalen Vertragsrecht auf Gewohnheitsrecht¹¹⁾. Die Rechtsprechung¹²⁾ war es, die in stetem Kampf mit der Lehre¹³⁾ dem Prinzip der Parteienautonomie zum Durchbruch verhalf, das heute in der überwiegenden Zahl der nationalen Rechte dominiert¹⁴⁾.

9) BGH 9.12.64; BGH 43,21 = IPRspr. 64,65 Nr. 33; BGH 29.2.68 = BGHZ 49,384 = IPRspr. 68,69 Nr.199; WM 70,1050 = AWD 70,417; WM 71,987 = AWD 71,408.

10) Nach a.A. handelt es sich bei der Gerichtsstandvereinbarung um eine Prozeßhandlung, die der lex fori unterliegt, so der II. Senat BGH IPRspr. 68,69 Nr.202 = AWD 69,115.

11) Kegel, S. 253.

12) Vgl. Gutzwiller, bei Gutzwiller-Niederer: Beiträge zum Haager IPR 1951,38; BGH NJW 54,1561 unter Berufung auf das RG.

13) Kegel, S. 255; Moser S.165.

14) Gamillscheg, AcP 157, 303.

Unter Parteiautonomie versteht man eine Verweisungsfreiheit im Rahmen der Rechtswahl, d.h., die Parteien können das auf den konkreten Fall anwendbare Recht bestimmen. Um diesen Parteiwillen festzustellen, hat die Rechtsprechung eine "Stufenleiter"¹⁵⁾ herausgearbeitet, in dem man auf den ausdrücklichen, dann, wenn sich ein ausdrücklicher Parteiwille nicht feststellen läßt, auf den stillschweigenden, zuletzt auf den hypothetischen Parteiwillen abstellt. Versagen realer und hypothetischer Parteiwille, dann hält sich die deutsche Rechtsprechung an den Erfüllungsort als Anknüpfungsmoment¹⁶⁾.

Ob die Gründe des BGH für die Anwendung des französischen Rechts überzeugen können, soll nicht Gegenstand der Untersuchung sein, Ansätze zur Kritik sind vorhanden, denn der BGH hat die Frage, ob ein Schwerpunkt des Vertrages in Frankreich anzunehmen ist, gar nicht untersucht. Er begnügte sich vielmehr damit, seine grundsätzliche Auffassung, eine Anknüpfung an die charakteristische Verkäuferleistung¹⁷⁾ abzulehnen, nochmals zu unterstreichen, was im Widerspruch zur Entscheidung französischer, schweizerischer, englischer und amerikanischer Gerichte¹⁸⁾ steht¹⁹⁾.

15) BGHZ 52,239; BGHZ 57,72, 72 mwNachw.

16) Bei dieser sog. Stufenleiter bedarf der hypothetische Parteiwille einer näheren Erklärung, denn die Bezeichnung ist mißverständlich. Hier handelt es sich nicht um subjektive Vorstellungen der Vertragsparteien, vielmehr bedarf es einer vernünftigen Interessenabwägung nach objektiven Grundsätzen (schon so der BGH 30.9.1952, BGHZ 7,231). Dies ist der Eigenart des Falles zu entnehmen, die Erfordernisse der Rechtssicherheit sind zu wahren. Besonderes Gewicht kommt dabei der Frage zu, wo sich der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses befindet, der objektiv auf eine bestimmte Rechtsordnung für das ganze Vertragsverhältnis hinweist.

17) Die aufgezeigte Rechtslage hat sich durch die Ausführungsgesetze geändert, die die BRD im Gefolge des Zustimmungsgesetzes v.17.7.73 zu dem Haager Kaufrechtsabkommen vom 1.7.1964 erlassen hat, s.BGBI.II, 885.

18) Kreuzer, Das internationale Recht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung, 1964, S.277.

19) Die oben aufgezeigte Auffassung des BGH ist inzwischen aufgegeben worden, s.BGH 19.9.1973, WM 1973, 1236.

Weitaus interessanter erscheint aber die Einstellung des BGH, für die Geschäftsvoraussetzungen eine andere Anknüpfung vorzunehmen und dabei auf das Wohnsitzrecht desjenigen abzustellen, dessen Verhalten als Vertragsannahme bewertet werden soll.

Die Rechtsprechung schloß sich damit einer im Vordringen begriffenen Auffassung ²⁰⁾ der Literatur an, welche die Frage, ob einer Person ein Verhalten rechtsgeschäftlich zugerechnet werden soll, gesondert anknüpft und nicht dem Vertragsstatut unterstellt. Diese Ansicht nimmt auf das dem ausländischen Vertragspartner vertraute Recht Rücksicht und setzt ihn nicht fremden Rechtsregeln aus, die sein Schweigen unterschiedlich bewerten könnten.

Nun boten sich neben dieser Meinung in der Lehre noch weitere Lösungsvorschläge des dargestellten Anknüpfungsproblems an, so daß es also begrüßenswert war, endlich nach mehreren Andeutungen ²¹⁾ auch eine klare Stellungnahme durch die Rspr. zu erhalten.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß das "Umweltrecht" des Schweigens nur "mitberücksichtigt" werden soll, also nur dann anwendbar ist, wenn das Vertragsstatut das Vorliegen einer Willenserklärung bejaht hat ²²⁾.

20) Rabel, Die deutsche Rechtsprechung zu einzelnen Lehren des IPR, RabelsZ 3, 752 ff.
Wahl, RabelsZ 3, (1929) 775 ff; 800 ff, 802.
Wolff, Martin, Das IPR Deutschland, 3. Auflage, 1954, S. 123.
Kegel, IPR, S. 243.
Ferid, S. 24-26, Zum Abschluß von Auslandsverträgen.

21) Siehe Fußnote 9.

22) So Wahl, a.a.O., S. 802 f; Raape, a.a.O., S. 494, (IPR).

Teils wird für die rechtsgeschäftliche Erklärung entweder das Recht des Offerenten für maßgeblich erklärt²³⁾, oder aber das Verhalten jedes Vertragsteils wird seinem Wohnsitzrecht unterstellt²⁴⁾. Eine andere Meinung spricht von einem "zusätzlichen Veto" des Annahmestatuts, d.h., grundsätzlich soll zwar das Vertragsstatut über die rechtsgeschäftliche Erklärung bestimmen, die Frage aber, ob ein Verhalten als Willenserklärung zu werten ist, soll der lex domocilii des Erklärenden unterworfen werden, wenn das Vertragsstatut das Zustandekommen bejaht, das "Heimatrecht" aber das Zustandekommen verneint²⁵⁾. Auch wird generell nur festgestellt, daß die Geschäftsvoraussetzungen dem einheitlichen Vertragsstatut zu unterstellen sind²⁶⁾.

Bei dieser Vielzahl der sich anbietenden Lösungen blieb es somit nicht aus, daß in der Praxis eine große Unsicherheit in der Behandlung von Auslandsfällen auftrat. Diese Unsicherheit schien durch die Entscheidung des BGH vom 22.9.1971 beseitigt. Doch in einem Urteil vom 13.7.1973 schränkte das Gericht den in der obigen Begründung erwähnten Grundsatz wieder ein.

F) Beschränkung des besonderen Annahmestatuts

Es ging in diesem Urteil um die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (AFSp) in einem Vertrag zwischen einem deutschen Spediteur und einem in Rom ansässigen Italiener, der seine Offerte nach Düsseldorf geschickt hatte.

23) Lorenz, AcP 159, 193 ff, 215.

24) Neumann, Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts, 1930, S.148, Gutzwiller, IPR (1931), S.1606, Nr. 1; Lewald, Das deutsche IPR auf der Grundlage der Rechtsprechung, 1931, S.236-238.

25) Kegel in Soergel-Siebert, Rdz. 197 vor Art. 7 EGBGB
Nussbaum, Deutsches IPR (1932), 237-239.

Hierzu heißt es: 27)

"Der Grundsatz, daß das sogenannte Wirkungsstatut grundsätzlich auch über die Geschäftsvoraussetzungen, also darüber entscheidet, ob ein gültiges Geschäft vorliegt, darf aber jedenfalls dann nicht durchbrochen werden, wenn der Betroffene nach den Umständen des Geschäftsabschlusses nicht damit rechnen darf, daß sein Verhalten nach dem Heimatrecht beurteilt wird. Das wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Vertrag in Deutschland geschlossen wird."

Auf etwaige Bedenken gegen diese Entscheidung des BGH soll nicht weiter eingegangen werden, obwohl sich auch eine Lösung anbietet, die den einmal beschrittenen Weg, zu einer Sonderanknüpfung für das rechtserhebliche Verhalten einer Person zu kommen, beibehält.

Entscheidender ist die Tatsache, daß der alte Zustand der Unsicherheit für den ausländischen Vertragspartner wiedergegeben ist, der nicht die sachgerechteste Wertung seines Verhaltens erwarten kann, wenn das Vertragsstatut auch über die Geschäftsvoraussetzungen entscheiden soll. Diese Unsicherheit wird noch durch die Art und Weise der Behandlung solcher Auslandsfälle verstärkt. Einerseits wendet der BGH bei Distanzverträgen eine Sonderanknüpfung an, andererseits bei Inlandsverträgen die *lex contractus*. Wo aber ist die Grenze zu ziehen?

c) Problem der Arbeit

aa) Lösung des Problems durch das IPR?

In Anbetracht der schwierigen Behandlung solcher Fälle, ist es wünschenswert, eine klare Lösung zu finden, die auch auf den Ausländer Rücksicht nimmt, sobald seinem Verhalten eine rechtliche Bedeutung zukommt.

27) BGH 13.7.1973, WM 1973, 1238 ff, 1240 .

Am ehesten käme eine isolierte Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Betroffenen, dessen Verhalten rechtlich bewertet wird, in Betracht. Denn sein Verhalten wird durch sein Umweltrecht geprägt, so daß eine rechtliche Beurteilung nur durch sein ihm vertrautes Recht vorgenommen werden darf.

Auf den ersten Blick erscheint diese Anknüpfung an das Wohnsitzrecht des Schweigenden als die interessengerechteste, wenn man auf den Ausländer Rücksicht nehmen will. Doch muß man diese Auffassung im Vergleich zu anderen Meinungen (s.o.) sehen und kann sich dann erst fragen, ob sie wirklich die Lösung des dargestellten Problems ist.

Eine Klarstellung des anstehenden Problems ist also wünschenswert, wenn nicht sogar erforderlich. Denn überlegt man weiter, daß bei einem Streit um das wirksame Zustandekommen eines Vertrages, die wirtschaftliche Grundlage eines Austauschvertrages in Frage gestellt ist, so sind die Schwierigkeiten für die Praxis nicht abzusehen.

Sie werden durch die Verwendung von AGB noch erhöht, wobei gesagt werden muß, daß der Wert der AGB von deutscher Seite im internationalen Vertragsrecht maßlos überschätzt wird²⁸⁾. Dies resultiert wahrscheinlich aus der Tatsache, daß bei der Frage, ob die AGB Vertragsbestandteil geworden sind oder nicht, die deutsche Rechtsprechung bekanntlich großzügiger verfährt als andere Rechte²⁹⁾.

28) Wenner, AWD 1972, 48.

29) Martiny, in Reithmann: "Internationales Vertragsrecht", Rdnr. 85 f.

ob) Lösung des Problems durch Rechtsvereinheitlichung

Bevor man aber im Internationalen Privatrecht nach einem Weg sucht, der diese Schwierigkeiten beseitigen könnte, wäre daran zu denken, auf die Vereinheitlichungsbestrebungen in der Europäischen Gemeinschaft einzugehen, die auch über die EG hinaus wachsende Bedeutung erlangen.

(1) Internationales Kaufrecht

Wenn man sich mit der Internationalisierung von Sachnormen eine Klärung des Problems erhofft, so wird man vom Gegenteil überzeugt; denn einerseits werden deutsche Grundsätze über das Schweigen als Vertragsannahme ganz ausgeschlossen, so daß der deutsche Kaufmann nicht ohne weiteres von seinen üblichen Gepflogenheiten ausgehen kann, andererseits werden nur Teilregelungen getroffen, die die rechtliche Bewertung eines menschlichen Verhaltens gar nicht erfassen.

So konnte sich die deutsche Delegation auf der Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2.-25. April 1964³⁰⁾ mit ihrem Antrag nicht durchsetzen, dem Art. 6, der die Vertragsannahme näher ausführt, einen Schlußabsatz beizufügen, der die Fälle behandeln sollte, in denen Schweigen als Annahme gilt.

Obwohl sie ihren Vorschlag sehr eindringlich begründete und darauf hinwies, daß es seit Jahrzehnten in Deutschland anerkannt sei, z.B. einen Kaufmann, der ein Bestätigungsschreiben über vorausgegangene Vertragsverhandlungen widerspruchslös entgegennehme, an seinem Verhalten festzuhalten und es als Zustimmung

30) v. Caemmerer, RabelsZ 29 (1965) S. 101 f;
s. zum Ganzen, unten Teil 3, S. 298 ff.

zu werten³¹⁾, wurde der deutsche Antrag als nicht mehr erforderlich angesehen.

Der Ausschuß betonte in seiner Begründung, daß der Antrag durch Art. 2 gedeckt sei, weil darin festgehalten wurde, daß Handelsbräuche den Regeln des Gesetzes vorgehen³²⁾.

Bei näherer Betrachtung aber ergibt sich für den deutschen Kaufmann nur in den Ländern die Möglichkeit, seine ihm vertrauten Rechtssätze zur Grundlage des Geschäfts zu machen, wo ein entsprechender Handelsbrauch gilt, d.h. in den Staaten, die die deutschen Handelsbräuche nicht kennen, trägt der deutsche Kaufmann das Risiko, daß sein Verhalten rechtlich anders bewertet wird.

(2) EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsrecht vom 27.9.1968

Weiter zeigt eine Entscheidung des Landgerichts Braunschweig vom 28.2.1974, daß nur eine partielle Einheit mit einem Übereinkommen geschaffen werden konnte, also nur Teilregelungen vorhanden sind, die zudem das oben aufgeführte Problem gar nicht berühren³³⁾.

Bei der Beurteilung eines deutsch-französischen Falles ging es im wesentlichen um die Frage, ob Auftragsbestätigungen unter Bezugnahme auf eine Gerichtsstands- und Erfüllungsortsklausel ausreichen, um die in den EWG-Übereinkommen geregelten Voraussetzungen für eine Gerichtsstandsvereinbarung zu erfüllen.

31) Anhand von Beispielen, wie das Problem beim "freibleibenden Angebot", versuchte die deutsche Delegation ihren Standpunkt zu untermauern und führte weiter aus, daß es für Deutschland entscheidend wichtig sei, daß dieser Rechtszustand gewahrt bleibe (s.vorige Note, v.Caemmerer).

32) v.Caemmerer, RabelsZ 29 (1965), S.126.

33) AWD 1974, 346.

Speziell für die Gerichtsstandsvereinbarung kam Art. 17, im 6. Abschnitt des Übereinkommens in Betracht, der aber nur eng begrenzte Voraussetzungen aufweist. Danach liegt eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung nur vor, wenn sie entweder schriftlich getroffen wurde, oder wenn eine mündliche Vereinbarung schriftlich bestätigt wird.

Die Schwierigkeiten bei der Behandlung der Gerichtsstandsvereinbarungen bleiben also weiterhin bestehen, sobald ein Verhalten einer Vertragspartei rechtserheblich zugerechnet werden soll³⁵⁾.

Das soll aber nicht heißen, daß dieses Problem bei der Ausarbeitung des Entwurfs nicht gesehen wurde. Vielmehr

35) Bei der Beurteilung des Falles kam das LG zu dem Ergebnis, daß seine Zuständigkeit zu verneinen sei, weil die Voraussetzungen des Art. 17 nicht vorgelegen hätten. Mit dieser recht einfachen Begründung setzte sich das LG über die wichtige Frage hinweg, ob nicht das nationale IPR bei einem im Übereinkommen nicht geregelten Fall hätte ergänzend berücksichtigt werden müssen, s. dazu 3. Teil, S.287 ff. Auf das dabei auftauchende Problem, ob ein EWG-Übereinkommen die Kollisionsrechte der einzelnen Vertragsstaaten ausschließt oder nicht, soll nicht näher eingegangen werden.

Nähme man aber einen Ausschluß an, dann könnte bei einem nicht im Abkommen geregelten Fall, das nationale IPR doch noch Anwendung finden. Denn das angerufene Gericht würde sich in einem solchen Fall auf die "lex fori" stützen und somit das eigene Recht unter Einbeziehung des autonomen IPR für maßgeblich erklären. Dies hat m.E. das LG übersehen, als es einfach die Voraussetzungen des Art. 17 als nicht gegeben ansah.

Wenn aber auf diese Weise das IPR eines Vertragsstaates trotz Ausschluß durch ein Übereinkommen berücksichtigt werden muß, steigt um so mehr das Bedürfnis, im deutschen Kollisionsrecht eine befriedigende Lösung bei der Beurteilung des Schweigens als Vertragsannahme zu schaffen. Zur Anerkennung eines franz. Urteil durch ein deutsches Gericht nach dem Übereinkommen, s. LG Hamburg, AWD 1974, 403.

ist nur auf eine Stellungnahme zu der Frage verzichtet worden, ob nicht von einer generellen Gerichtsstandsvereinbarung in Art. 17 Abs. 1 die Rede sein sollte, die unter Umständen auch durch Schweigen einer Partei auf den Vorschlag der anderen zustandegekommen sein kann³⁶⁾.

(3) Internationales Obligationenrecht

Eine andere Expertengruppe, die zusammentrat, um einen Vorentwurf über das internationale Schuldrecht auszuarbeiten³⁷⁾, war sich durchaus der schwierigen Lage bewußt und versuchte, eine zutreffende Beantwortung dieser Frage zu erreichen.

Eine eindeutige Lösung wurde aber auch nicht erzielt. Die Kommission konnte nur zwei Varianten für einen Art.2 Abs.4 zur Wahl stellen.

Der erste Vorschlag umfaßt zwei Alternativen, von denen die eine von kollisionsrechtlichen, die andere von materiellrechtlichen Erwägungen ausgeht.

Bei kollisionsrechtlicher Lösung entscheidet der Vorentwurf wie der BGH im Ausgangsfall dieser Arbeit³⁸⁾:

"Die Bedeutung des Schweigens einer Partei auf einen Vorschlag betreffend das anwendbare Recht, den die andere Partei vor oder im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluß gemacht hat, wird nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes dieser Partei beurteilt."

Ohne näher auf diese Alternative einzugehen³⁹⁾, soll die

36) Vgl. hierzu die Denkschrift zum Übereinkommen, BT-Drucksache VI, 1973, 82.

37) AWD 1973, 569; RabelsZ 38 (1974), S.211 ff; Lando, a.gl.O., S. 6 ff.

38) BGHZ 57, 72, 77.

39) Sollte man sich für diese Möglichkeit entscheiden, was zu empfehlen wäre, so bedarf sie doch noch einiger Einschränkungen. Denn einerseits ist diese Kollisionsnorm zu eng und andererseits zu weit. Zu eng ist sie deshalb, weil sie nicht den Vertragsabschluß mit einer Handelsfirma und folglich auch nicht mit deren Niederlassung bzw. Zweigniederlassung als Anknüpfungsmoment berücksichtigt. Zu weit erscheint der Vorschlag im Hinblick auf Geschäftsabschlüsse im Staat des Vorschlagenden.

zweite Alternative kurz skizziert werden.

Dazu heißt es in Art. 2 Abs. 4 Satz 2:

"Unabhängig vom Wohnsitzrecht der schweigenden Partei soll deren Schweigen dann als Zustimmung zur Wahl des vorge schlagenen anwendbaren Rechts aufgefaßt werden, wenn sich diese Auslegung aus den Gewohnheiten, die sich zuvor zwischen den Parteien herausgebildet haben oder den Handelsusancen, die die Parteien aufgrund ihrer beruf lichen Tätigkeit kennen oder kennen müssen, ergibt."⁴⁰⁾

Eine Anlehnung an die Ergebnisse der Haager Konferenz über das Internationale Kaufrecht⁴¹⁾ ist bei dieser zweiten Alternative des ersten Vorschlages nicht zu übersehen, und die für die deutschen Händler erwähnten Schwierigkeiten treten auch hier auf, wenn man nur auf den Handelsbrauch abstellt, der beim Schweigen in den einzelnen Staaten un unterschiedlich sein kann.

Die zweite Variante des Art. 2 Abs.4 beurteilt das Schwei gen auf einen Vorschlag bezüglich des anwendbaren Rechts für die meisten Fälle ausschließlich materiellrechtlich, nach den zwischen den Parteien entwickelten Gewohnheiten oder Gebräuchen des internationalen Handels. Lediglich dann, wenn die Rechtswahl nach Vertragsschluß erfolgt, soll das Vertragsstatut entscheiden, ob das Schweigen die Wahl des anwendbaren Rechts zur Folge hat⁴²⁾.

Schon auf den ersten Blick erscheint diese Vorschrift be denklich und mit den Grundlagen des BGH, die Geschäfts voraussetzungen nicht mehr dem Vertragsstatut zu unter stellen, sondern gesondert für das Schweigen an das Wohnsitzrecht des Betroffenen anzuknüpfen, kaum vereinbar.

40) RabelsZ 38 (1974) 211 ff, 218 ff.

41) S. Fußn. (32) v. Caemmerer.

42) RabelsZ 38 (1974) 211 ff, 218 ff.

Denn haben die Parteien es unterlassen, bei Vertragsabschluß ein Recht zu wählen, dann kommt es zu einer objektiven Anknüpfung, d.h., mangels einer Rechtswahl untersteht der Vertrag generell dem Recht des Staates, mit dem es die engsten Verbindungen aufweist. Diese allgemeine Zuordnung wird in Abs. 2 des Art. 2 konkretisiert. Danach ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Partei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, zur Zeit des Vertragsabschlusses ihren gewöhnlichen Aufenthalt, bzw. ihre Niederlassung hat. Ob das eine oder das andere der Fall ist, richtet sich nach der Art des Rechtsgeschäfts⁴³⁾.

Diese objektive Anknüpfung führt nun dazu, daß eine Partei, die sich vielleicht subjektiv an ihre Rechtsordnung gebunden fühlt und davon bei Abschluß des Vertrages ausging, einem Recht unterstellt wird, das unter Umständen erst in einem Prozeß endgültig festgelegt wird, ganz abgesehen davon, daß die charakteristische Leistung bei atypischen Verträgen schwer zu bestimmen ist. In einer solchen Situation wäre es unangemessen, diese Partei nach einer Rechtsordnung zu beurteilen, die nicht ihre eigene ist.

Zusammenfassend kann man feststellen, daß auch nach diesem Entwurf nur eine einzige Alternative das Problem erfaßt hat, zu einer gerechten Wertung des Schweigens zu kommen, obwohl Einschränkungen erforderlich sind, weil die vorgeschlagene Kollisionsnorm einerseits zu eng und andererseits zu weit gefaßt ist^{43a)}.

Auf der anderen Seite zeigt der Entwurf deutlich, daß diese Schwierigkeiten zwar erkannt wurden. Es konnte aber eine klare Stellungnahme nicht erreicht werden,

43) Nach Giuliano sollte der ganze Vertrag nur einer Rechtsordnung unterstellt und nicht zerstückelt werden, - in Giuliano/Lagarde/v.Sasse, v.Ysselt, Bericht zum Vorentwurf eines Übereinkommens über das auf vertragl. u. außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, Drucks. XIV/408/72-D der Kommission der Europäischen Gemeinschaft.

43a) siehe Fußnote (39).

weil die Sach- und Kollisionsnormen der beteiligten Staaten noch zu weit voneinander entfernt schienen. Es bleibt nun den zukünftigen Vertragsstaaten überlassen, sich für eine dieser Varianten, die der Vorentwurf aufweist, zu entscheiden. Wann das der Fall sein wird, kann augenblicklich nicht beantwortet werden. Auch wird es noch nicht abzusehen sein, wann diese mögliche Kollisionsregel für die Praxis entscheidend werden kann.

Bis dahin besteht aber das Bedürfnis, eine gesicherte Rechtsregel im nationalen Kollisionsrecht zu schaffen, die menschliches Verhalten beim Vertragsabschluß interessengerechter beurteilt, d.h., die auch auf die unterschiedliche Bewertung dieses Verhaltens im Ausland Rücksicht nimmt.

C) Fragestellung der Arbeit

Wie die Entscheidung des BGH gezeigt hat, sah das Berufungsgericht keine Veranlassung, die einfache Behauptung der französischen Beklagten auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen, obwohl nicht nur das Schweigen als Vertragsannahme, sondern auch die stillschweigende Einbeziehung von AGB in den Vertrag nach französischem Recht einer Klärung bedurft hätten.

Ferner blieb im IPR die Frage offen, ob die isolierte Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Betroffenen den Interessen der beteiligten Parteien am ehesten gerecht wird, wenn ein menschliches Verhalten rechtlich bewertet werden soll.

Somit ergeben sich zwei Probleme, die untersucht werden sollen:

1. Eine rechtsvergleichende Studie über das Schweigen als Vertragsannahme im Handels- und im bürgerlichen Rechtsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der stillschweigenden Einbeziehung der AGB zwischen Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland.
2. Darauf aufbauend die internationalprivatrechtliche Frage (im Vergleich mit dem französischen IPR), ob eine Sonderanknüpfung für das Schweigen als Vertragsannahme - im Gegensatz zum Vertragsstatut auch für die Geschäftsvoraussetzungen - nicht sachlich gerechter wäre, d.h., das Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltes für den Betroffenen anzuwenden, dessen Verhalten rechtlich bewertet wird.

D) Gang der Untersuchung

I. Allgemeine Untersuchung

Bevor auf die einzelnen Fälle des Schweigens mit Erklärungswirkung eingegangen wird, sollen eine Begriffsbestimmung des Schweigens und seine dogmatische Erörterung in beiden Staaten die Grundlage für die praktischen Einzelfälle bilden, um nicht nur die bloßen Unterschiede beider Rechtsordnungen aufzuzeigen, sondern um auch ihre Entstehung zu ergründen (A).

Danach wird es Aufgabe sein, die deutschen und französischen Rechtsregeln, die das Schweigen als Vertragsannahme bewerten, auf ihren Zweck hin zu untersuchen, nach dem sozialen Bedürfnis zu fragen, welches sie befriedigen sollen, und eventuell die Unterschiede herauszuarbeiten.

Dabei muß die Unterscheidung zwischem bürgerlichem Rechtsverkehr und Handelsverkehr zugrundegelegt werden, denn für den Kaufmann können ganz andere Regeln und Handelsusancen gelten als für einen Nichtkaufmann.

Dieser kann schutzwürdiger als ein Kaufmann sein, der in der gleichen Rechtssituation aufgrund eines Handelsbrauches nicht mit einer günstigeren Bewertung rechnen durfte (B).

Speziell im Handelsverkehr muß ferner die Bedeutung von AGB berücksichtigt werden (C).

Untersucht werden soll vor allem die Möglichkeit einer Vereinbarung durch Schweigen als Vertragsannahme.

Aber nicht nur die einseitige, sondern erst recht die wechselseitige Bezugnahme auf die AGB muß unter diesem Gesichtspunkt geprüft werden.

Auch ist es erforderlich, auf das Schweigen bei AGB einzugehen, die nach Vertragsschluß im Schriftverkehr auftreten.

Während in diesem Teil der Arbeit nur allgemein von AGB die Rede sein soll, ist es darüber hinaus notwendig, im einzelnen auf die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) einzugehen, weil die Rechtsprechung auch den Ausländer diesen branchenüblichen AGB stillschweigend unterwirft⁴⁴⁾. Deshalb kann ein Vergleich mit der Rechtsprechung in Frankreich in diesem Gebiet Aufschlüsse geben.

Mit dem letzten Problemkreis aus materiellrechtlicher Sicht, wird auch gleichzeitig die zweite große Aufgabe angesprochen, die sich mit dem Kollisionsrecht zu befassen hat. Denn unterwirft die französische Rechtsprechung den Ausländer nicht wie der BGH stillschweigend unter branchenübliche interne AGB, und speziell unter die Spediteurbedingungen, mit der Folge, daß sie nicht Vertragsinhalt werden, dann stellt sich auch hier

44) BGHZ 12, 136 f, vgl. zur neuesten Entwicklung, vgl. Hepting, RIW-AWD 1975, 458, S. 270 ff.

die Frage, ob diese Kollision und mit ihr die anderen möglichen Kollisionen es nicht rechtfertigen, für das Schweigen eine Sonderanknüpfung vorzunehmen (3.Teil).

Diese internationalprivatrechtliche Frage müßte auf überzeugende Argumente stossen, die es erlauben, sich grundsätzlich vom Vertragsstatut zu lösen, d.h., daß sich Zustandekommen und Wirkungen des Vertrages nicht mehr nach einem einheitlichen Vertragsstatut beurteilen.

Die Untersuchung dieser Frage, welcher Rechtsordnung die Bewertung des Schweigens zu überlassen ist, stützt sich dann auf die durch die Rechtsvergleichung geschaffenen Grundlagen, die nur dazu dienen können, das Parteiinteresse (d.h., der Betroffene hat ein Interesse daran, nach einer Rechtsordnung beurteilt zu werden, der er eng verbunden ist), dem Verkehrsinteresse oder dem Ordnungsinteresse vorzuziehen.

Obwohl für die Geltung des Vertragsstatuts auch bei den Geschäftsvoraussetzungen das Ordnungsinteresses am inneren Entscheidungseinklang spricht, könnten Sachverhalte gegeben sein, bei denen es unbedingt erforderlich ist, die sonst einheitliche Anknüpfung zu "zerstückeln" und das Wohnsitzrecht der Partei anzuwenden, deren Verhalten in Frage steht.

Das würde zwar dazu führen, daß ein einheitlicher Lebenssachverhalt nicht mehr einer einzigen Rechtsordnung unterliegt, und es somit schwerer sein wird, widerspruchsfrei zu entscheiden, doch könnte es gerechter sein, das "sachlich beste" Recht zu finden, d.h. die Rechtsordnung, die mit dem Sachverhalt am engsten verknüpft ist.

II. Art der Untersuchung

1. Rechtsvergleichung im Verhältnis zu Frankreich

Durch die "unterschiedliche" Bewertung des Schweigens als Vertragsannahme in der Entscheidung des BGH hat sich somit das französische Recht angeboten, mit der deutschen Rechtsordnung verglichen zu werden.

Es wird sich dann zeigen, ob wirkliche und nicht einfach behauptete Unterschiede in der Behandlung eines menschlichen Verhaltens durch beide Rechtsordnungen eine Berücksichtigung der anderen Bewertung erforderlich machen.

Das französische Recht ist auch deshalb für eine Rechtsvergleichung mit dem deutschen Recht von Interesse, weil es mit dem Code civil die alle Rechtsordnungen in ihrem Rechtskreis⁴⁵⁾ beeinflussende Rechtsquelle hervorgebracht hat. Somit findet man in Frankreich die repräsentative Rechtsordnung der romanischen Rechtsfamilie⁴⁶⁾.

Wenn man nun bei einer Rechtsvergleichung nur die französische Rechtsordnung heranzieht, könnte man daran denken, mögliche Unterschiede dadurch zu beseitigen, daß man bilaterale Rechtsvereinheitlichungen anstrebt, d.h. die unterschiedliche Bewertung des Schweigens als Vertragsannahme kann durch eine Änderung der deutschen oder französischen Rechtsregeln beseitigt werden⁴⁷⁾.

-
- 45) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, Bd. 1, S.67 ff.
- 46) David nennt sie Rechtsfamilien, s. Les grands systèmes des droits contemporains, 5. Aufl. 1973; einen praktischen Sinn erhält diese Einteilung in Rechtskreise dadurch, daß im IPR die "verwandte" Rechtsordnung als Ersatzrecht herangezogen werden kann, s.allgemein (betr.Island) RGZ 151, 103, 108; der Code civil könnte in der Praxis hauptsächlich für Haiti und Rumänien herangezogen werden.
- 47) Es gibt bereits Bestrebungen für einen dt.-frz.Staatsvertrag, was aber noch nicht publiziert worden ist.

Da dieser Weg aber nur zu einer befriedigenden Lösung der bestehenden Probleme führen würde, wenn man die dafür notwendige rechtliche Grundlage geschaffen hat, wäre er für die augenblicklichen praktischen Erfordernisse, ein gerechteres Ergebnis zu erreichen, wenig sinnvoll.

Doch das führt nicht dazu, von überflüssigen theoretischen Überlegungen zu sprechen, weil die Rechtsvergleichung nicht nur Vorschläge unterbreiten kann, die ein Problem künftig lösen könnten.

Die Rechtsvergleichung kann auch die Aufgabe haben, als Voraussetzung für die oben aufgezeigte Möglichkeit zu fungieren, im nationalen Kollisionsrecht eine Klärung zu erreichen.

Auf der Basis der durch die Rechtsvergleichung erzielten Ergebnisse soll also die Notwendigkeit aufgezeigt werden, daß die rechtsgeschäftliche Erklärung (insbesondere das Schweigen) nicht mehr dem Vertragsstatut unterstellt wird, sondern eine selbständige Anknüpfung für diesen Problemkreis maßgeblich sein wird.

Eine gesonderte Anknüpfung könnte nämlich um so eher gerechtfertigt sein, als mögliche Sachnorm-Unterschiede zwischen zwei Staaten, wie Frankreich und die Bundesrepublik Deutschland, die Berücksichtigung des Wohnsitzrechts desjenigen fordern, dessen Verhalten rechtlich bewertet wird.

Diese Unterschiede herauszufinden, ist aber Aufgabe der Rechtsvergleichung.

2. Methoden der Rechtsvergleichung

Bei der Rechtsvergleichung der französischen mit der deutschen Rechtsordnung bieten sich mehrere Methoden an, die verschiedene Ausgangspunkte für einen Vergleich aufweisen.

a) Frühere Auffassungen

In der Frühphase⁴⁸⁾ neigte man dazu, bestimmte Rechtsinstitute einander gegenüberzustellen.

Man verglich z.B. die Common-Law-Doktrin der "consideration" mit dem kontinental-europäischen Begriff der "causa" oder die Regelung des Besitzes im deutschen und französischen Recht.

Es zeigte sich jedoch, daß äußerlich identische oder ähnliche Begriffe selten auch die gleiche Bedeutung besitzen. Man erkannte, daß das gleiche Rechtsinstitut je nach den sozial-kulturellen Gegebenheiten ganz verschiedene Funktionen erfüllen kann und umgekehrt unterschiedliche rechtstechnische Mittel in verschiedenen Rechtssystemen oft dem gleichen Zweck dienen.

Auch die Beschäftigung mit den Rechtskreisen und Rechtssystemen im Ganzen, z.B. eine Vergleichung des deutschen mit dem französischen Recht kann sich von einer gewissen Oberflächlichkeit nicht lösen, weil es schwierig sein wird, wirkliche Unterschiede in den einzelnen Rechtssystemen zu finden.

Häufig werden zur Klassifizierung der Rechtssysteme die Kriterien "kodifiziertes/nichtkodifiziertes Recht" oder "Gesetzesrecht/Richterrecht" für die Unterscheidung von Common Law und Civil Law herangezogen. Jedoch gibt es große Teile des kontinentaleuropäischen Rechts, die weder

48) Zweigert, Des solutions identiques par des voies différentes, Rev. int. dr.comp. 18 (1966); S.1 ff; vgl. auch Rheinstein, Rezension von Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd.2, Rubrik 35 (1971), S. 162 ff.

kodifiziert noch überhaupt in Gesetzen niedergelegt sind, während weite Gebiete des englischen und amerikanischen Rechts in Kodifikationen - wenigstens die Bezeichnung findet sich - zusammengefaßt worden sind.

Doch können Prinzipien vollständig verschieden sein, aber auf unterschiedlichen Wegen ähnlichen Bedürfnissen dienen⁴⁹⁾.

Weil somit diese Methoden der Rechtsvergleichung "nur Kenntnisse verschaffen, aber keine Erkenntnisse"⁵⁰⁾, haben sich die modernen Rechtsvergleicher der funktionellen Methode zugewandt.

b) Funktionelle Methode

Bei dieser Methode der Rechtsvergleichung geht man von einem konkreten Problem aus, statt von einer bestimmten Norm und prüft, auf welche Weise die verschiedenen Rechtssysteme es zu lösen versuchen.

Man fragt sich dabei, welchem Zweck die Rechtsregel, eine Rechtsinstitution dient. Ausgangspunkt dieser Fragestellung ist somit nicht eine Norm, sondern ein soziales Bedürfnis, eine Ordnungsaufgabe, die gelöst werden soll⁵¹⁾.

Einen noch weiteren Vorteil birgt diese Methode in sich, wenn man die Rechtsvergleichung als Voraussetzung für die internationalprivatrechtliche Lösung ansieht, die menschliches Verhalten in rechtlicher Hinsicht interessengerechter bewertet sehen will.

Stellt man mit der funktionellen Methode auf die Lösung des sozialen Bedürfnisses ab, so kann man die "Schein-Unterschiede" aus den echten Kollisionen, die zwischen zwei Rechtsordnungen bestehen, herausfiltern, d.h., die

49) Z.B. gibt es kein Abstraktionsprinzip in Frankreich, sondern das Konsensprinzip beim Eigentumserwerb an Mobilien. Die Publizität wird durch die Bedeutung des Besitzes in Art. 1141 C.c. erreicht. Bei Doppelverkauf entscheidet der Besitz.

50) Neumayer, RabelsZ 34 (1970), S. 412.

51) Zweigert/Kötz, a.a.O., S.43, Bd.1.

Unterschiede, die vielleicht durch die Verschiedenheit der Systematik der Rechtsordnungen entstehen und eigentlich keine Unterschiede im wirklichen Sinne sind, weil das soziale Bedürfnis auf andere Art und Weise gelöst wird, müssen streng von den echten Kollisionen getrennt werden; denn nur echte Kollisionsfälle können die Berücksichtigung des Wohnsitzrechts im Internationalen Privatrecht erforderlich machen.

Im Hinblick auf die Gemeinsamkeiten aber könnte die Basis für eine Rechtsvereinheitlichung geschaffen werden, die zwar theoretisch möglich, doch praktisch materiell-rechtlich kaum durchführbar ist.

Die Schaffung eines einheitlichen "droit commun de l'humanité" wird gegenwärtig und wohl auch zukünftig nicht zu verwirklichen sein⁵²⁾.

Ohne näher auf die Unmöglichkeit eines einheitlichen, für alle Staaten geltenden materiellen Privatrechts einzugehen, könnte ein überzeugender Weg der Zukunft in einer Vereinheitlichung von IPR-Normen liegen, die aber Hand in Hand gehen muß mit einer zumindest teilweisen Vereinheitlichung des nationalen Schuld-, Handels- und Wirtschaftsrechts von wirtschaftlichen Gemeinschaften, wie z.B. der EWG⁵³⁾.

Somit ist die Rechtsvergleichung des materiellen Rechts unerläßliche Voraussetzung für eine partielle Vereinheitlichung in unserer europäischen Gemeinschaft.

52) Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, S. 22 f.

53) So richtig Firsching, Einführung in das IPR, JuS-Schriftenreihe, S. 23.

E. Ziel der Untersuchung

Ziel der Untersuchung wird es sein, eine allen Interessen gerechte Anknüpfung für das Schweigen als Vertragsannahme zu finden, die den Zustand der Unsicherheit im internationalen Geschäfts- und Rechtsverkehr beseitigt, wenn es um die Frage geht, ob ein menschliches Verhalten nach dem Recht des Betroffenen zu beurteilen ist.

Zweiter Teil

Schweigen als Vertragsannahme und stillschweigende
Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen
(AGB) in rechtsvergleichender Hinsicht

Mit Hilfe der funktionellen Rechtsvergleichung (S.26), die von einem sozialen Bedürfnis, das befriedigt werden will, ausgeht, und welche die Lösungen hierzu in den einzelnen Rechtsordnungen gegenüberstellt, soll nun im deutschen wie im französischen Recht das Schweigen als Vertragsannahme untersucht und verglichen werden. Ziel wird es sein, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszustreichen, wobei gerade die Unterschiede eine besondere Bedeutung in kollisionsrechtlicher Hinsicht erlangen werden (Dritter Teil).

Man kann aber nicht einfach von Unterschieden sprechen, ohne sie unter dem Aspekt der funktionellen Methode der Rechtsvergleichung zu sehen. Vielmehr zeigt diese Methode die wahren Unterschiede auf und nicht nur diejenigen, die rein äußerlich bestehen - weil z.B. eine gesetzliche Regelung fehlt -, die aber bei näherer Betrachtung nicht mehr vorhanden sind, weil die sozialen Bedürfnisse nur mit anderen Mitteln auf ähnliche Weise gelöst werden.

Deshalb ist es erforderlich, sich bei einer Rechtsvergleichung auf diese funktionelle Methode zu stützen, und weder ein System¹⁾ noch ein -Institutionenvergleich²⁾

1) S.O. S. 25, vgl. auch Neumayer, RabelsZ 34 (1970), 412.

2) S.O.S. 25, vgl. a. Zweigert, Des solutions identiques par des voies différentes, Rev.int. dr. comp. 18 (1966), 1 f.

allein³⁾ können die wahren Unterschiede aufzeigen⁴⁾.

Man wird also von einem konkreten sozialen Problem beim Schweigen als Vertragsannahme und bei der stillschweigenden Einbeziehung von AGB ausgehen und prüfen, in welchen Situationen dem Schweigen die Bedeutung, als Annahme eines Vertrages zu gelten, zukommt.

Die Untersuchungen werden dann zeigen, daß in Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland eine Vielzahl unterschiedlicher rechtstechnischer Mittel eingesetzt werden, um ähnliche oder gleiche soziale Ziele zu erreichen, daß aber auch das rechtstechnische Instrumentarium, das den rechtssetzenden Institutionen zur Verfügung steht, nicht unbegrenzt ist.

Häufig werden sich Ähnlichkeiten und Verwandtschaften feststellen lassen, die zum Teil auf gleicher geschichtlicher Herkunft, zum Teil auch auf bewußter Übernahme beruhen. Auch kann es sich um Parallelentwicklungen handeln, weil sich in den Ländern unabhängig voneinander ähnliche Rechtsinstitute aufgrund entsprechender sozial-kultureller Verhältnisse herausgebildet haben.

Ausgangspunkt werden somit die sozialen Probleme sein, die ein Schweigen als Vertragsannahme nötig machen oder nicht⁵⁾ (B).

3) Die funktionelle Rechtsvergleichung kann auch als Mikro- oder Makrovergleichung betrieben werden. Bei der Mikrovergleichung werden bestimmte Institute gegenübergestellt, während sich die Makrovergleichung mit den Rechtskreisen und Rechtssystemen im Ganzen beschäftigt.

4) S.a. Ancel: "On ne se préoccupe donc pas départ du système ni même des institutions ou des règles" in: Utilité et Méthodes du droit comparé, Neuchâtel, 1971, S.101.

5) S.a. Ancel: "On fixera alors de manière précise le cas humain ou social qui se pose et on recherchera la solution dans un certain nombre de pays spécialement choisis", in Utilité et Méthodes du droit comparé, Neuchâtel, 1971, S. 101.

Dabei muß aber zunächst berücksichtigt werden, daß dem Terminus "Schweigen" in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche rechtliche Bedeutung beigemessen werden könnte, so daß er nicht einfach mit dem französischen Wort "silence" übersetzt werden darf. Daher ist eine Begriffsbestimmung erforderlich.

Ferner darf eine dogmatische Erörterung des Schweigens mit Erklärungswirkung in beiden Staaten zum besseren rechtlichen Verständnis nicht fehlen, um eventuell unterschiedliche Ergebnisse des Schweigens begründen zu können. (A)

A) Schweigen als Willenserklärung und manifestation de volonté?

Wie der Ausgangsfall⁶⁾ gezeigt hatte, wurde der französischen Beklagten ihr Schweigen als Vertragsannahme nicht angelastet, weil der BGH nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen entschieden hatte, daß das französische Recht anzuwenden sei. Nach Vorbringen der französischen Beklagten aber wird dem Schweigen im französischen Recht nicht die Bedeutung einer Annahme beigemessen. Das deutsche Recht hätte dagegen, falls es anwendbar gewesen wäre, Stillschweigen und Abnahme der gelieferten Ware als Vertragsannahme gewertet⁶⁾.

Was bedeutet aber die Formulierung "als Vertragsannahme" gewertet?

Wird das Stillschweigen nach deutschem Recht als Willenserklärung angesehen, wenn man im allgemeinen die Vertragsannahme als einseitige, empfangsbedürftige⁷⁾ Willenserklärung deutet?⁸⁾

6) S.o.S. 3 ff., BGHZ 57, 72 = NJW 1972, 391 m.w.Nachw. siehe oben, Erster Teil, Fußnote 5.

7) Nach §§ 151, 152 BGB ausnahmsweise auch nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen.

8) Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 148

Eine Beantwortung dieser Frage erfordert zunächst die Bestimmung der im deutschen Recht notwendigen Voraussetzungen einer Willenserklärung.

Sind erst einmal die für eine Willenserklärung notwendigen Merkmale bestimmt, so kann anschließend festgestellt werden, ob das Schweigen (als Vertragsannahme) diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt.

Auch hier soll wieder ein Vergleich mit dem französischen Recht vorgenommen werden, denn auch das französische Recht verlangt für das Zustandekommen des Vertrages die Übereinstimmung zweier "manifestations de volonté". Anschließend stellt sich die gleiche Frage wie auch im deutschen Recht, nämlich ob die "silence" die Voraussetzungen einer "manifestation de volonté" erfüllt.

I. Tatbestandsvoraussetzungen der Willenserklärung im Vergleich mit den Voraussetzungen der "manifestation de volonté"

1.. Allgemeines

Da nur die Willenserklärung in Hinblick auf die Annahme eines Vertrages von Bedeutung sein wird, ist es erforderlich, eine wichtige funktionelle Differenzierung innerhalb der großen Kategorie "Willenserklärung" vorzunehmen.

Der Vertrag gilt als die Haupterscheinungsform unter den "Rechtsgeschäften"⁹⁾ und setzt in Deutschland ebenso wie

9) Es wurde schon erwähnt (Fußn.1 des 1.Teils), daß das französische Recht nicht die gleiche Rechtsgeschäftslehre entwickelt hat, wie das deutsche Recht, s. insbesondere FERID, Bd.1, 1 E 1 ff.

in Frankreich eine Willensübereinstimmung¹⁰⁾ über die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges voraus. Diese Willensübereinstimmung wird dadurch erreicht, daß zwei Willenserklärungen vorhanden sind, die sich decken. Sie können sich aber in der Regel^{10a)} nur decken, wenn sie jeder Partei in irgendeiner Form zugegangen sind, d.h., der andere muß Kenntnis von abgegebener Willenserklärung genommen haben. Entscheidend ist also, daß auch die Annahmeerklärung dem Anbietenden zugegangen ist. Das deutsche Recht sieht deshalb in der Vertragsannahme eine empfangsbedürftige¹¹⁾ Willenserklärung, d.h. ein Zugang ist erforderlich.

Bei der nun folgenden Untersuchung, ob das Schweigen als Vertragsannahme gelten kann - und damit als Willenserklärung - wird also bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen nur die empfangsbedürftige Willenserklärung zugrundegelegt.

Bevor man auf die positivrechtlichen Besonderheiten der französischen und deutschen Rechtsordnung eingeht, kennzeichnet doch der Begriff "Willenserklärung" einen bestimmten Sachverhalt des täglichen Lebens, der rechtlich erfaßt werden soll. Es handelt sich um die Äußerung eines

10) Nach Rieg: La rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Thèse Strasbourg 1958, S. 7, III, ist ein "acte juridique" - une manifestation de volonté en vue de réaliser certains effets de droit", Breton, Encyc. Dall. Rep. civ. s. "Consentement": "la convention ou acte juridique plurilateral suppose l'accord de plusieurs volontés. C'est le consentement (cum sentire)".

10a) Ausnahme § 151 BGB.

11) Im Gegensatz zum BGB schweigt der Code civ. zu der Frage, wann eine Willenserklärung als zugegangen anzusehen ist, wobei das deutsche Recht den Zugang als Wirksamkeitsvoraussetzung regelt, nicht aber, wann "Zugang" vorliegt. Das hat dazu geführt, daß diese dem deutschen Recht bekannte Unterscheidung zwischen empfangsbedürftiger und nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung anfangs nicht gesehen wurde. Das hat sich in der neueren Literatur etwas geändert, die auch die Begriffe von "actes réceptices" et "non réceptices" verwenden, s. vor allem Rieg, a.a.O., Fußn. 10, Nr. 54 u. Ferid, Bd. 1, 1 E 86.

Willens, die auf einen rechtlichen Erfolg hinzielt¹²⁾.

Ob nun Geltungsgrund der durch diese Äußerung ausgelösten Rechtsfolge der tatsächliche subjektive Wille sein soll, oder ob der äußere Erklärungstatbestand berücksichtigt werden muß, könnte gerade bei empfangsbedürftigen¹³⁾

Willenserklärungen problematisch sein. Handelt es sich nämlich um empfangsbedürftige Willenserklärungen, so genügt nicht schon die Äußerung eines Willens, sondern muß ein In-Empfangnehmen der Erklärung durch den Adressaten hinzutreten. Versteht dieser genau das, was der Erklärende ausdrücken wollte, dann stimmen Wille und Erklärung überein. Fallen aber gewollter und verstandener Erklärungsinhalt auseinander, dann stellt sich die Frage, welcher der beiden in Betracht kommenden Erklärungsinhalte rechtlich von Bedeutung sein soll.

Sähe man nun in dem Willen die alles entscheidende Komponente für die Willenserklärung, und somit in der Willenserklärung die völlig souveräne "Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung"¹⁴⁾, so dürfte sie Rechtswirkungen eigentlich nur auslösen, wenn sich der frei gebildete Wille, die geäußerte Erklärung dieses Willens und die daran anknüpfenden Rechtsfolgen, vollständig decken¹⁵⁾. Daß es sich hierbei nur um den Idealfall handeln kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

12) Siehe Rieg, a.a.O., S. 7: "une manifestation de volonté en vue de réaliser certains effets de droit".

13) Siehe Fußnote 11.

14) Flume, Allgemeiner Teil II, 1965, § 48 (S.60), der jedoch nachdrücklich auf das damit korrespondierende Prinzip der Selbstverantwortung hinweist.

15) Vgl. zum "naturgemäßen" Verhältnis von Wille und Erklärung, Bartholomeyczik "Die subjektiven Merkmale der Willenserklärung", Festschrift f. Ficker, 1967, S.51/52.

Treten aber Abweichungen von Wille und Erklärung auf, dann liegt es im Interesse des beteiligten Erklärungsempfängers, der auf die Erklärung vertraut, daß bestimmte Unterschiede hingenommen werden müssen. Es würde das Prinzip der Privatautonomie überspannen, wenn es nur als Folge einer absoluten subjektiven Willensherrschaft jede noch so geringe Abweichung von Wille und Erklärung für erheblich erklären würde.

Auch rechtspolitisch würde eine Überbetonung des subjektiven Willens die Sicherheit und das Vertrauen zueinander im rechtsgeschäftlichen Verkehr erschüttern. Sicherheit und Stabilität in einer Gesellschaft müssen aber durch das Recht gewährleistet sein¹⁶⁾.

Diese Überlegungen lassen nun die Frage aufkommen, wie sich Lehre und Rechtsprechung in beiden Staaten mit diesem Problem auseinandergesetzt haben, d.h., ob Geltungsgrund der durch die Äußerung ausgelösten Rechtsfolgen der tatsächliche subjektive Wille oder der aus dem äußeren Verhalten hervorgehende Wille ist¹⁷⁾.

16) So verweist Rieg, a.a.O., S. 6 darauf, daß "qui dit volonté, pense fluctuation, incertitude, instabilité."

17) Es soll somit nur versucht werden, den Begriff der Willenserklärung nach den Prinzipien der Willens- theorie und der Erklärungstheorie zu bestimmen, obwohl es gerade im deutschen Recht viele Gegner dieser Art Begriffsbestimmungen gibt. Sie orientieren sich vielmehr am Gesetz, um nach ihrer Meinung zu einer klaren Begriffsbestimmung zu kommen. (Fabricius, JuS 66,6, Kellmann, JuS 71, 609). Dem- gegenüber bekennt sich Bartholomeyczik, a.a.O., § 51 ff ausdrücklich dazu, außerhalb des Gesetzestextes bei der Bestimmung der Willenserklärung auf psychologi- sche, rechtspolitische und philosophisch-soziologische Wertvorstellungen zurückzugreifen und Lösungen aus konstruierten Begriffen und Systemen" (s.Kellmann a.a.O., S. 609) abzuleiten. In Frankreich aber wird nur von der "volonté réelle" für eine Begriffsbestimmung ausgegangen, so daß sich für einen Vergleich der oben aufgezeigte Weg anbietet.

2. Vergleich der französischen mit der deutschen Lehre

a) Beurteilung der Frage durch die französische Literatur

Die französische Literatur hat das Schwergewicht auf den wirklichen Willen, die "volonté réelle", gelegt¹⁸⁾, aus Gründen, die nur unter einer Würdigung der geschichtlichen Entwicklung verstanden werden können.

Das Rechtsdenken des 18. und 19. Jahrh. war beherrscht von dem Gedanken, daß der Wille des Menschen die Grundlage des Rechts sei. Das läßt erkennen, daß die Philosophie der Aufklärung einen großen Einfluß auf die Argumentation und Meinung der französischen Literatur ausübte¹⁹⁾. Die Vorstellungen von Pufendorf, Locke und Christian Wolff und nicht zuletzt Kant führten dazu, daß "l'état, la loi, l'acte juridique, découlent de l'autonomie de la volonté"²⁰⁾.

Gerade im Privatrecht und speziell im Vertragsrecht fanden diese Gedanken Eingang, wo man in der Freiheit, sich vertraglich zu binden oder nicht, den alles beherrschenden Rechtsgrundsatz sah²¹⁾.

Eine solche Auffassung kollidierte auch nicht mit den liberalen Gedanken in der Wirtschaft des 19. Jahrhunderts, die das Prinzip des "laissez faire laissez passer" für vorrangig erklärten, sondern zeigte nur um so deutlicher

18) S. insbes. Planiol-Ripert (Esmein), (Obligations), Traité pratique de dr. civ. français, 2. Aufl., Bd. VI, Paris 1952, Nr. 103, S. 109 f; Ripert-Boulanger, Traité de dr. civ. Bd. II, Paris 1957, Nr. 136, S. 59.

19) Michel Villey, "Leçons d'histoire de la philosophie du droit", Paris 1957, Kap. IV u. XVIII, S. 57 u. 321 ff.

20) Charles Beudant, "Le Droit individuel et l'état", Paris, 1891, S. 138.

21) S. vor allem Ferid, Bd. 1, 2A 1, S. 389; vgl. auch Colin-Capitant, Traité de Dr. civ., Bd. II, Paris, 1959, Nr. 592 f, S. 325-327.

die souveräne Stellung der subjektiven Willensherrschaft auf²²⁾.

Kernpunkt dieser Meinung war die These, daß eine natürliche soziale Ordnung besteht, daß die Interessen des Einzelnen mit dem allgemeinen Wohl zusammenfallen, somit dem Einzelnen die größtmögliche Freiheit zu gewähren ist²³⁾.

Daraus leitete sich weiter ab, daß die Unabhängigkeit und Freiheit des Individuums nur durch seinen eigenen Willen begrenzt werden sollte²⁴⁾.

Versteht man nun die etwas einseitige Betonung der Privatautonomie aus ihrer Zeit heraus, so wird man sich dessen auch bewußt, daß mit steigender Beachtung der Sozialwissenschaften, der veränderten Lebensbedingungen und dem gewachsenen Einfluß des Staates auf die Freiheit des Vertrages²⁵⁾, die Kritik an der absoluten rechtlichen Bedeutung des Willens nicht ausblieb.

Der subjektive Wille allein wurde nicht mehr für ausreichend angesehen und man bemühte sich, objektive Erklärungsmomente in die Wertung miteinzubeziehen, die auch

22) Rieg, a.a.O., S.6.

23) Barreyre, "L'évolution et la crise du contrat", Thèse, Bordeaux, 1937, S.11.

24) Waline, Marcel, "L'individualisme et le droit", Paris, 1945, Nr. 92.

25) Gounot, Le principe de l'autonomie de volonté en droit privé, Thèse Dijon, 1912, S. 198: "la volonté subjective des parties ne saurait délibérément ignorer ces valeurs sociales (justice commutative)".

auf den Erklärungsempfänger Rücksicht nehmen²⁶⁾.

Um zu dieser Einsicht zu kommen, bedurfte es einer langen Entwicklung²⁷⁾. Man ist sich nun auch heute in der französischen Lehre darüber im klaren, daß der 'reine innere Wille' rechtlich nicht faßbar ist und daher keinen geeigneten Anknüpfungspunkt darstellt, insbesondere bei Verträgen, bei denen jede Partei den Willen der anderen kennen müsse²⁸⁾.

Die heute wohl herrschende französische Auffassung stellt somit auf den geäußerten Willen, "la volonté manifestée"²⁹⁾ ab, man geht sogar soweit, einen "acte juridique" als nicht gegeben anzusehen, wenn eine Äußerung des Willens fehlt³⁰⁾.

Fallen aber innerer und geäußerter Wille auseinander, dann wird auch heute noch von der französischen Lehre der "volonté réelle" die dominierende Stellung eingeräumt, mit der Begründung, daß es gemäß Art. 1156 Code civil³¹⁾ nicht auf den Wortlaut, sondern auf den gemeinsamen Willen der Vertragsparteien ankomme³²⁾.

26) Hébraud: "tous les efforts des juristes ont été longtemps concentrés sur la partie générale de la théorie des contrats, tout convergeant à cette volonté sans laquelle le contrat n'avait pas d'existence". - "la volonté elle-même est insuffisante: seule son extériorisation peut la rendre efficace. En effet, c'est au stade de la formation du contrat que la volonté s'élabore et s'exprime". in: "Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques", Mélanges Maury, t.11, Dall.-Sir., 1960, S. 419 ff.

27) Celice: "Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques", Paris, 1968, S.43.

28) Ferid, Bd.1, § 12 A 1 E 62.

29) Siehe Hébraud, Fußn. 25, auch Ferid, Bd.1 § 12 I 1 E 62.

30) Demogue, Traité des obligations en générale, III, Nr.540

31) Art.1156 C.c.: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractants, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

32) Breton, Encyc.Dall.Repert.civ. "Consentement" Nr.6, Nr.20: s.a.Ferid, Bd.1, § 12 I 1 E 63 und Fußn.6, wo er auf Mazeaud, leçons de droit civ., t.I I, 1956, 3.Aufl.1966, Nr.121 ff verweist. Dieser erklärt den Vorrang der volonté réelle noch mit dem Gedanken der Privatautonomie, der sich auf den Grundsatz stützen würde: "cela est juste, parce que cela a été voulu".

Praktische Konsequenzen werden³³⁾ durch diese Auffassung aber nicht häufig entstehen, weil je nach Sachlage entweder die eine oder die andere Theorie herangezogen wird, um zu einer für beide Parteien annehmbaren Lösung des Problems zu kommen.³⁴⁾

b) Die französische Lehre im Vergleich mit der deutschen Lehre

- Streit zwischen Erklärungstheorie und Willens-
theorie -

Während im 19. Jahrhundert in Frankreich noch der "volonté réelle" die alles entscheidende Bedeutung zukam³⁵⁾, versuchte in Deutschland die Erklärungstheorie³⁶⁾, die Interessen des Erklärungsempfängers in den Vordergrund zu stellen. Nach ihr kommt es nicht auf den "inneren Willen", sondern entscheidend auf den objektiven, oder doch auf den vom Adressaten in der besonderen Situation zu verstehenden Sinn der Erklärung an³⁷⁾. Die Folge war ein Theorienstreit³⁸⁾, der bis heute noch nicht beigelegt worden ist.

33) Praktische Konsequenz ist aber, daß dem Schweigen seltener eine Erklärungsbedeutung zukommt, siehe S. 48 ff, 52.

34) Colin-Capitant, Traité de droit civil refondu par L. Julliot de la Morandière, Bd.II, 1959, Nr.593. Die Prüfung der Willensübereinstimmung ist eine Tatsachenfrage (question de fait), die dem souveränen Ermessen der Tatrichter unterliegt.

35) Beudant, a.a.O., (Fn.20) bezeichnete die Lehre von der "autonomie de volonté" als eine "tradition nationale et vraiment française", S. 145.

36) Vgl. Kohler, "Über den Willen im Privatrecht" in Jahrbuch für Dogmatik (JhJb) Bd.28 (1889), S.166-286.

37) Larenz, AT § 25, S. 339, der aber diese Auffassung nicht vertritt, s.u., S.40.

38) Siehe v.Hippel, "Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie", 1936, 8 ff, Brox, "Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung", 1960, 45 ff, 49.

Vor dem Problem, welcher von beiden Theorien der Vorzug zu geben ist, stand auch der Gesetzgeber des BGB³⁹⁾.

In den Materialien zum BGB wird ausdrücklich betont, daß er sich der Leitprinzipien⁴⁰⁾ dieser Auffassungen durchaus bewußt war. Er hat sich zwar daran orientiert, ohne aber einseitig auf eines der beiden die gesetzliche Regelung abzustellen. Mit dem Hinweis in § 133 BGB, daß der "wirkliche Wille" zu erforschen sei, scheint sich der Gesetzgeber zwar für die Willenstheorie entschieden zu haben. Danach gilt nicht das, was erklärt worden ist, sondern das, was "wirklich" gemeint und gewollt ist, also der innere Wille⁴¹⁾. Doch wäre allein der innere Wille maßgebend, könnte es ein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung, einen Irrtum im Rechtssinne, nicht geben. Dem widersprechen § 119 BGB und auch § 157 BGB, der für die Auslegung einen objektiven Maßstab zugrundelegt⁴²⁾.

Die neuere Lehre versucht, diesen durch das Inkrafttreten des BGB nicht beendeten Theorienstreit durch eine neue Betrachtungsweise zu überbrücken.

Die insbesondere von Larenz⁴³⁾ vertretene Meinung sieht in der Willenserklärung eine "Geltungserklärung". Darunter versteht sie einen 'sinnhaft einheitlichen Akt', d.h., der Wille verwirklicht sich in der Erklärung und ist somit

39) Vgl. Mot. I., S. 190 f.

40) Die Willenstheorie schützt nur den Erklärenden, die Erklärungstheorie nur den Adressaten, d.h., diese Gedanken orientieren sich einerseits am Kant'schen Persönlichkeitsbild, daß sich im Recht der freilich unter dem Postulat sittlicher Freiheit gebildete Wille des Einzelnen verwirklichen müsse, andererseits daran, daß der erklärte Wille ausschließlich als Sozialakt erfaßt wird. Derjenige, der auf eine solche Erklärung vertraut, ist schutzwürdig.

41) Enneccerus-Nipperdey, A.T. 15. Aufl., § 205, I 1, s.a. Mot. I, 43 ff (§ 73).

42) Vgl. BGHZ 21, 328; Flume, A.T. § 16 3a, S. 307.

43) Larenz, AT, § 25 I, Enneccerus-Nipperdey, §§ 145 II und 164 II 3, Siebert-Hefermehl, Anm. 3 und 5 vor § 116.

erst "wirklicher -geltender- rechtlich wirksamer Wille". Die Willenserklärung wird also nicht mehr unter dem Gesichtspunkt ihrer zwei Bestandteile, des inneren Willens und der Erklärung, gesehen, sondern als ein einheitlicher Akt, durch den die Rechtsfolge in Geltung gesetzt wird.

Doch auch diese Theorie läßt die Frage unbeantwortet, ob Grundlage für die in der Willenserklärung enthaltene Regelung der Wille des Erklärenden oder der objektive Erklärungstatbestand seines Verhaltens ist.

Für die empfangsbedürftige Willenserklärung, die einen "Akt zwischenmenschlichen Verkehrs"⁴⁴⁾ darstellt, weil sie ein Zusammenwirken zwischen Erklärendem und Adressaten erfordert, ist diese Frage von entscheidender Bedeutung.

Wirkungsvoraussetzung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist, daß sie dem Erklärungsempfänger zugegangen ist, § 130, d.h., die Kenntnisaufnahme der Willenserklärung durch den Adressaten gehört zum Tatbestand. Aus seiner Perspektive liegt somit eine Willenserklärung vor, wenn das Verhalten des Erklärenden auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen hinweist.

Daraus folgt, daß die Frage nach dem Vorliegen einer Willenserklärung vom Verhalten des Erklärenden her bestimmt werden muß, das subjektive Tatbestandsmerkmal "Wille" also nur durch eine Anknüpfung an das Verhalten des Erklärenden ermittelt werden kann. Diese aus der Eigenart der empfangsbedürftigen Willenserklärung sich ergebende Überlegung hat somit zur Folge, daß ein Abweichen von gewolltem und verstandenem Erklärungsinhalt zu Lasten des Erklärenden gehen muß⁴⁵⁾.

44) Schmidt-Salzer, JR 1969, 283.

45) Schmidt-Salzer, JR 1969, 284.

Die Frage, ob eine Willenserklärung vorliegt, wird somit von der überwiegenden deutschen Literatur dahin beantwortet, daß ausschließlich bei empfangsbedürftiger Willenserklärung der objektiven Erklärungsbedeutung gegenüber dem tatsächlichen subjektiven Willen der Vorrang einzuräumen ist⁴⁶⁾.

Rechtsdogmatisch wird diese Auffassung damit erklärt, daß die nach dem BGB bestehende Freiheit in der Wahl der Erklärungshandlung für den Erklärenden eine Verantwortung einschließt, d.h., der durch das Verhalten gesetzte Tatbestand ist zurechenbar, "weil der Betreffende zur Kontrolle seines Verhaltens verpflichtet ist, und ihm infolgedessen die Verantwortung für das nur scheinbar auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen hindeutende Verhalten obliegen muß".⁴⁷⁾

Daß eine solche Verantwortung nicht grenzenlos ist, wird dadurch erreicht, daß ein Verhalten nur dann als Willenserklärung bestimmten Inhalts zu werten ist, wenn ein vernünftiger Dritter es bei Abwägung aller Umstände in diesem Sinn verstehen durfte⁴⁸⁾.

Diese Beschränkung der Verantwortlichkeit ergibt sich aus dem Gedanken der Sozialbindung des Erklärungsempfängers⁴⁹⁾.

Dieser kann nicht einfach dem Verhalten des Erklärenden eine rechtsgeschäftliche Bedeutung beimessen, ohne sich um die Ermittlung des tatsächlich Gewollten bemüht zu haben⁵⁰⁾.

46) Vgl. Schmidt-Salzer, JR 1969, 284 f m.w.N.; s. auch Gudian AcP. 169, (1969) 232, 234 m.w.N.; Kellmann, JuS 71, 609 f m.w.N.; vgl. Palandt-Heinrichs, Anm. 1a vor § 116.

47) Schmidt-Salzer, JR 69, 285, ähnl. Larenz, "Methodenlehre", S. 284, Gudian AcP 169 (1969), 232, 234.

48) BGHZ 21, 102 ff, Soergel-Hefermehl RdNr. 6, 8 u. 9 vor § 116 m.w.Nachw.

49) Soergel-Hefermehl, (Fn. 1), RdNr. 19 vor § 116.

50) Larenz, "Methodenlehre", Fn. 33, S. 284.

Stellt man nun die französische der deutschen Lehre gegenüber, dann könnte man trotz der oben erwähnten andeutungsweisen Annäherung an die deutsche Auffassung, von einem Gegensatz in der Behandlung bei Auseinanderfallen von gewolltem und erklärtem Erklärungsinhalt sprechen. Während sich die deutsche Lehre im Ergebnis einig darüber ist, daß es letztlich stets auf eine objektive Beurteilung des Verhaltens aus der Perspektive des Erklärungsempfängers ankommt, bemüht sich die französische Doktrin die "volonté réelle" zu respektieren. Das führt dazu, daß die französische Auffassung weniger Rücksicht auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr nimmt und das psychologische Element, den inneren Willen, bei einem Vertrag als wesentlich herausstellt.

3. Vergleich der Rechtsprechungen

a) Beurteilung durch die französische Rechtsprechung

In der Rechtsprechung Frankreichs hat sich eine objektive Betrachtungsweise weitaus deutlicher durchgesetzt, obwohl auch hier noch der "volonté réelle" die entscheidende Rolle beigemessen wird. Da es nicht so sehr auf Prinzipien ankommt, vielmehr auf die Lösung der praktischen Probleme, wird bewußt oder unbewußt einmal an den tatsächlich subjektiven Willen, einmal an objektive Gesichtspunkte angeknüpft.⁵¹⁾

51) Colin-Capitant: Traité II, Nr. 593, s. Fußn. 28, s. z.B.: Cass. civ., 20. Febr. 1923, D. 1926.1.43, "ou de toute autre manifestation non équivoque d'une acceptation", s.a. Celice, a.a.O., S.420; Cass. civ. 14. Dez. 1942 D.C. 1944, 122 ("clause claire").

b) Vergleich mit der deutschen Rechtsprechung.

Demgegenüber hat die deutsche Rechtsprechung eine eindeutige Stellung für den Vorrang der objektiven Erklärungsbedeutung eingenommen mit der Begründung, daß eine solche Betrachtung nicht nur dann entscheidend sei, wenn der Inhalt der Willenserklärung durch Auslegung zu ermitteln sei, sondern auch dann, wenn zweifelhaft sei, ob ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung zu werten sei oder nicht⁵²⁾.

Der BGH geht sogar soweit, es als unerheblich anzusehen, ob der Zurechnungsadressat der Erklärung den Willen zur Abgabe einer Willenserklärung gehabt hat oder nicht⁵³⁾.

4. Auslegung eines menschlichen Verhaltens
als Willenserklärung

a) Wertung der gesetzlichen Auslegungsvorschriften
durch die deutsche Lehre

Sieht man nun nach deutschem Recht in der Willenserklärung die Äußerung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens, dann muß man sich fragen, wie ein Verhalten als Ausdruck eines Rechtsfolgewillens und damit als Willenserklärung zu werten ist. Nach deutschem Recht geschieht das durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB, d.h., es wird der Inhalt der Erklärung, die Deutung ihres Sinns ermittelt⁵⁴⁾.

52) RGZ 95, 124; BGH, BB 1963, 497, BGH NJW 1968, 2103 BAG, NJW 1971, 1423 m.w.N.

53) BGH NJW 1966, 1915, BGH VersR 1968, 92, 1968, 293. Während sich die noch herrschende Meinung in Deutschland zunehmender Kritik gegenüber sieht, weil sie bei Fehlen des Erklärungsbewußtseins tatbestandlich keine Willenserklärung annimmt (Palandt-Heinrichs, Anm.4 b vor § 116), hat sich weder der Code civil noch die französische Lehre damit auseinandergesetzt, s.Ferid, Bd. 1, 1 E 71 ff.

54) Vgl. auch Palandt-Heinrichs, Anm.2a vor § 116 vgl. Larenz, A.T. § 25 II.

Wenn einerseits aber der innere "wirkliche Wille" (§ 133), andererseits die Bedeutung ermittelt werden soll, die der Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beizulegen ist, dann stehen sich zwei konträre Auslegungsarten gegenüber.

Diese Ausgangslage gibt auch Anlaß dazu, daß der alte Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie nur unter gewandelten Vorzeichen weiterging⁵⁵⁾, wobei sich allerdings die Grenzen verwischt haben.

Von einem Teil der deutschen Lehre⁵⁶⁾ wird § 133 BGB als die grundlegende Auslegungsvorschrift angesehen. Zwar sei ein äußerer Erklärungstatbestand bei der Auslegung mitzuberücksichtigen, doch primär sei auf die individuelle Willensforschung abzustellen.

Eine andere Auffassung⁵⁷⁾ neigt dazu, der objektiven Auslegung den Vorrang einzuräumen. Schließlich spricht man auch von einem "Komplementärverhältnis der gegenseitigen Ergänzung und Modifizierung"⁵⁸⁾. Auch wird versucht, mit der oben erwähnten Theorie der Willenserklärung als "Geltungserklärung", Wille und Erklärung zu vereinheitlichen⁵⁹⁾.

Eine Gegenüberstellung all dieser Meinungen macht somit deutlich, daß sich die Auffassungen vielfach überlagern, so daß die alten Extrempositionen von Willens- und Erklärungstheorie nirgends anzutreffen sind.

55) Flume, A.T.S. 56.

56) Enneccerus-Nipperdey A.T., 15. Aufl., § 64 II 2, II, § 205 I; Staudinger-Coing, BGB, 11. Aufl., Vorbem. § 116 Rdn. 3 ff.

57) Vgl. Flume, Juristentagsfestschrift I, 1960, S. 183.

58) Soergel-Knopp, § 157, Rdn. 7; Flume § 116, 3a, S. 308.

59) Larenz, AT, § 25 I.

b) Vergleich mit der französischen Lehre

Ebenso wie der deutsche Gesetzgeber Auslegungsvorschriften mit den §§ 133, 157 BGB geschaffen hat, enthält auch der Code civil dementsprechende Artikel⁶⁰⁾, denen aber bei weitem nicht eine solche Bedeutung zukommt. Das gilt selbst für die Generalklausel des Art. 1156 C.c.⁶¹⁾, wonach man den gemeinsamen Willen der Parteien zu erforschen hat und nicht am buchstäblichen Sinn ihrer Erklärung haften darf. Obwohl es viele Vorschriften im Code civil gibt, die z.B. Rücksicht auf örtliche Bräuche fordern, somit also eine objektive Wertung miteinbeziehen wollen⁶²⁾, geht die französische Rechtspraxis von der subjektiven Auffassung aus, wobei auch hier in Nachwirkung der Philosophie der Aufklärung dem inneren Willen (*volonté réelle*) der Parteien die entscheidende Bedeutung zukommt.⁶³⁾

c) Vergleich der deutschen mit der französischen Rechtsprechung

Im Gegensatz zu der deutschen Rechtsprechung, die seit jeher eine klare Position zugunsten der objektiven Auslegung bezogen hat⁶⁴⁾, hielt die französische Rechtsprechung an der subjektiven Auslegungsmethode fest. Nur bei "eindeutigen Erklärungen (*clauses claires et précises*)"⁶⁵⁾ hat der französische Kassationshof den Vorrang des inneren Willens vor dem erklärten Willen aufgegeben und der Verkehrssitte Genüge getan, d.h., was klar und präzise ist, bestimmt sich nicht nach dem Willen einer Partei, sondern nach der Verkehrssitte⁶⁶⁾.

60) Ferid, Bd. 1, 1 E 79 f.

61) Ferid, Bd. 1, 1 E 79 f.

62) Rieg, a.a.O., Nr. 366 f.

63) Rieg, a.a.O., S.358 f, Nr.366 ff.

64) Vgl. RGZ 95, 124; BGH BB 63, 497. BGH NJW 68, 2103.

65) Ferid, Bd. 1, § 12 1 E 82.

66) Rieg, a.a.O., S. 403 f, Nr.406 f.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend stehen sich bei der Frage, ob eine empfangsbedürftige Willenserklärung vorliegt, zwei grundsätzliche Prinzipien im französischen und deutschen Recht gegenüber.

Die subjektive Willenstheorie, die nur den tatsächlichen inneren Willen gelten läßt, hat sich in Frankreich ihre Vormachtstellung bewahrt, obwohl sich auch hier die Einsicht durchgesetzt hat, daß ein völliger Verzicht auf die Relevanz der objektiven Erklärungsmomente nicht durchführbar ist. Demgegenüber legt man in Deutschland, trotz noch andauerndem Streits der Meinungen, bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen im Ergebnis die Betonung auf eine objektive Beurteilung des Verhaltens aus der Sicht des Erklärungsempfängers.

Auch bei der Frage, was Inhalt einer Willenserklärung ist, wie eine Erklärung zu werten ist, erkennt die französische Rechtspraxis im Gegensatz zur deutschen Auffassung nur die subjektive Auslegungsmethode an. Ausnahmen werden in solchen Fällen zugelassen, in denen man mit der subjektiven Methode nicht zu einem befriedigenden Ergebnis kommt. Dann wird Rücksicht auf die im Code civil erwähnten objektiven Maßstäbe (usages etc.) genommen. Gleiches gilt bei "eindeutigen Erklärungen (clauses claires et précises)."

Geht man von der Definition der Willenserklärung aus, und versteht darunter die Äußerung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens, dann liegt eine empfangsbedürftige Willenserklärung nach deutscher Rechtspraxis vor, wenn ein vernünftiger Dritter nach Abwägung aller Umstände sie in diesem Sinne verstehen würde.

Nach französischen Grundsätzen ist dies aber nur dann der Fall, wenn sich der tatsächliche innere Wille und der äußere Erklärungstatbestand decken.

Weicht der Wille von dem objektiven Erklärungstatbestand ab, dann liegt keine "manifestation de volonté" vor.

II. Rechtliche Erfassung des Schweigens

Lassen sich nun aus den so erfaßten Voraussetzungen der Willenserklärung und der "manifestation de volonté" Rückschlüsse herleiten, inwieweit ein Schweigen überhaupt als Willenserklärung oder manifestation de volonté angesehen werden kann?

Zunächst soll nicht in Frage gestellt werden, daß eine Willenserklärung und "manifestation de volonté" nicht nur durch das gesprochene Wort, sondern auch durch Zeichen und andere verkehrstypische oder von den Beteiligten vereinbarten Verhaltensweisen abgegeben werden können.

Kann man aber schon von einem Schweigen als Ausdruck einer Willenserklärung sprechen, wenn keine ausdrückliche Rechtsfolgeerklärung vorliegt, sondern auf den Rechtsfolgewillen geschlossen werden muß?

- 1) Abgrenzung der ausdrücklichen Willenserklärung von der Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten.

a) Beurteilung aus deutscher Sicht

In der deutschen Lehre gibt es Autoren, die in den Willenserklärungen durch schlüssiges Verhalten sog. "stillschweigende" Willenserklärungen sehen, wobei der Begriff

"stillschweigend" an sich irreführend ist⁶⁷⁾, weil nicht das Schweigen, sondern "eine positive Äußerung, die aber unmittelbar etwas anderes besagt, oder auch ein bloßer Realakt als Erklärung eines bestimmten Rechtsfolgewillens gedeutet wird"⁶⁸⁾.

Einige sprechen deshalb von "mittelbaren" oder "indirekten" Willenserklärungen⁶⁹⁾.

Voraussetzung ist aber stets, daß man aus einem positiven Verhalten auf einen Rechtsfolgewillen schließen kann, wenn die Umstände einen solchen Schluß rechtfertigen⁷⁰⁾.

67) Larenz, A.T. § 25 III, Hanau AcP 165, 220.

68) Larenz, A.T. § 25 III b.

69) Flume, A.T. § 5, 3; Enneccerus-Nipperdey, A.T. § 153 II.

70) Canaris, Festschrift Wilburg 1975, S.77 ff, versucht in diesem Bereich die Problematik des Schweigens im Rechtsverkehr zu lösen, indem er das Schweigen zunächst als konkludentes Zeichen einer Willenserklärung wertet, was zu einer Vertragsbindung führen kann, sofern der Schweigende ein entsprechendes Erklärungsbewußtsein hat. Canaris wendet sich dabei gegen die Auffassung, daß es eine einheitliche Lehre vom Schweigen im Rechtsverkehr noch auch nur eine einheitliche Problematik "des" Schweigens gibt. Seiner Ansicht nach sei das Schweigen vielmehr eine menschliche Verhaltensweise wie andere auch, und könnten die unterschiedlichsten rechtlichen Kategorien Anwendung finden. Vier dogmatische Möglichkeiten kommen seiner Ansicht nach in Betracht. Das Schweigen kann zunächst konkludentes Zeichen einer Willenserklärung sein und führt dann zu einer Vertragsbindung, sofern der Schweigende ein entsprechendes Erklärungsbewußtsein hat. Eine Erfüllungshaftung könne aus der Verletzung einer Pflicht zum Widerspruch nicht hergeleitet werden. Sobald der Schweigende mit Erklärungsbewußtsein den Schein des Bestehens einer bestimmten Rechtslage setze, so sei er vielmehr daran nach dem Prinzip der Einstandspflicht für die wissentliche Schaffung eines Rechtsscheins gebunden und hafte auf Erfüllung. Für die unwissentliche Erzeugung eines Scheintatbestandes brauche der Schweigende dagegen nach Rechtsscheinsregeln nur einzustehen, wenn die Bedeutung des Schweigens als Zustimmung durch die Verkehrssitte typisiert sei. Fehle es an den Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Bindung und an Merkmalen einer Rechtsscheinshaftung, dann könne je nach Sachverhalt eine Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen "Verhaltens" bzw. - der Verwirkung an die Seite zu stellende - "Erwirkung" in Frage kommen.

b) Beurteilung aus französischer Sicht

Über die Abgrenzung der auch in Frankreich vorgenommenen Unterscheidung⁷¹⁾ zwischen "manifestation expresse" und "manifestation tacite" herrscht - genau wie im deutschen Recht⁷²⁾ - Streit. Eine Auffassung⁷⁴⁾ stellt auf objektive Kriterien ab, d.h. darauf, ob die Erklärung durch objektive unzweideutige Erklärungsmittel, insbesondere Schrift, Worte, vereinbarte Gesten erfolgt oder durch mehrdeutiges, auslegungsbedürftiges Verhalten. Eine andere Ansicht⁷³⁾ läßt den Kundgabezweck entscheiden, also ein subjektives Kriterium. Ausdrücklich ist danach eine Erklärung, die in erster Linie den Zweck hat, den rechtsgeschäftlichen Willen zu äußern, stillschweigend ein Verhalten, das in erster Linie einen anderen Zweck hat, aus dem sich aber der rechtsgeschäftliche Wille ergibt.

c) Stillschweigende Willenserklärung
und "bloßes" Schweigen

Erklärungen, die durch ein "schlüssiges Verhalten" abgegeben werden können, werden von beiden Rechtsordnungen den ausdrücklichen Erklärungen gleichgestellt, erhalten somit den gleichen Aussagewert⁷⁵⁾.

71) Rieg, a.a.O., S.40 Nr.30, der auf Artikel 1930, 1985, 1998 und 2221 C.c. verweist.

72) Subj.: siehe Savigny III 243 f,
Obj.: dazu Winscheid, Pandekten, 6. Aufl., § 72.

73) Colin-Capitant, Traité II, Nr. 625.

74) Planiol-Ripert (Esmein), Traité Pratique VI, Nr.105.

75) Art. 778 C.c.: l'acception peut être expresse ou tacite...
s. Palandt-Heinrichs, Anm. 3a vor § 116.

Aus diesem Grunde muß man sie streng vom bloßen Schweigen trennen, denn bloßes Schweigen ist in der Regel keine Willenserklärung, sondern das Gegenteil einer Erklärung, ein "Nichtstun"⁷⁶⁾.

Bei konkludenten Willenserklärungen oder "manifestation tacite" aber besteht der Erklärungstatbestand nicht in einem bloßen Schweigen, sondern in einem "Tun"⁷⁷⁾, d.h., der Erklärende nimmt vielmehr Handlungen vor, die mittelbar einen Schluß auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen zulassen.

Ein solches aktives Verhalten führt also noch dazu, daß eine Willenserklärung oder "manifestation de volonté" vorliegt⁷⁸⁾. Demgegenüber steht auch fest, daß man durch sein Schweigen im allgemeinen keinen Erklärungstatbestand setzt, man bringt also weder Zustimmung noch Ablehnung zum Ausdruck⁷⁹⁾.

Wenn aber das Schweigen ein "nullum" ist, dann taucht die Frage auf, wie man ein Schweigen als Willenserklärung mit Erklärungswirkung deuten soll. Denn feststeht, daß beide Rechtsordnungen dem Schweigen in bestimmten Situationen diese Wirkung zubilligen.

76) Fabricius, JuS 1966, 6 f.

77) Rieg, a.a.O., S. 43, Nr. 33: "Mais qu' il s'agisse de déclarations expresses ou tacites, le comportement du déclarant qui est à leur base est toujours un comportement actif."

78) Breton, Enc.Dall. Droit civil Art. "Consentement" Nr.1 ff

79) Palandt-Heinrichs, Anm. 3 a vor § 116, Rieg, a.a.O., S. 43, Nr. 34: "le silence ne dit rien..." précisément, parce qu' il est le silence, ...il est l'absence de toute déclaration, même rudimentaire".

2. Das "bloße" Schweigen im deutschen und französischen Recht

a) Einführung

Ein Schweigen als Nichtstun kann zwar mit einem Rechtsfolgewillen verbunden sein, ein Schweigen mit Erklärungsbeußtsein, Handlungs- oder Unterlassungswillen ist jedoch allenfalls unter Anwesenden denkbar, wenn nämlich aus dem unmittelbaren Verhalten der Beteiligten das Schweigen einer Person nur als Willenserklärung oder manifestation de volonté gedeutet werden kann, weil sie sonst widersprochen hätte.

Unter Abwesenden kann ein bloßes Schweigen, das im Grunde genommen das Gegenstück von einem "privatautonomen, selbstschöpferischen Gestaltungsakt"⁸⁰⁾ ist, nach der subjektiven Willenstheorie äußerst schwierig als Schweigen mit Erklärungswirkung qualifiziert werden; denn sie gerät hier insbesondere in Schwierigkeiten, weil sie für die Existenz einer Willenserklärung oder manifestation de volonté einen wie immer gearteten Willen des Erklärenden verlangt, und ein solcher Wille, der das Schweigen zum konkludenten Verhalten zu qualifizieren vermöchte, häufig nicht vorliegt.

Die objektive Erklärungstheorie hat es demgegenüber leichter, weil es weniger auf den inneren Willen ankommt, als vielmehr auf den Empfängerhorizont unter Abwägung aller Umstände, die der Erklärungsempfänger kannte oder die er hätte kennen müssen⁸¹⁾.

80) Fabricius, JuS 1966, 11.

81) Schmidt-Salzer, JR 1969, 287.

Sie kann, da es auch insoweit unerheblich sein kann, ob der Erklärende den Willen zur Abgabe einer Willenserklärung gehabt hat, darin einen Anwendungsfall ihrer Konzeption sehen, während es die Vertreter der Willenstheorie dagegen ablehnen, die Fallgruppe des nur scheinbar rechtsgeschäftlichen Verhaltens, wozu auch das Schweigen als Vertragsnahme gehört, unter den Begriff der Willenserklärung einzuordnen.

Diese Überlegungen, die einerseits vom Schweigen als einem rechtlichen "nullum" sprechen, andererseits ein Schweigen mit Erklärungswirkung rechtlich in die Gruppe der Willenserklärung eingeordnet sehen wollen, führen nun zu der Frage, wie sich die deutsche und französische Lehre und Rechtsprechung mit diesem Problem auseinandergesetzt haben. Denn von hier lassen sich die Rechtspositionen definieren, welche zu den Unterschieden der Bewertung des Schweigens geführt haben.

Fraglich auf deutscher Seite ist aber nicht nur, wie ein Schweigen mit Erklärungswirkung bewertet wird, sondern auch die dogmatische Begründung ist zum besseren Verständnis der Entscheidungen in Frankreich und Deutschland heranzuziehen.

Obwohl die französische Rechtsordnung nur auf den inneren Willen bei einem rechtsgeschäftlichen Verhalten abstellt, also keinen Theorienstreit wie das deutsche Recht zwischen Willens- und Erklärungstheorie aufzuweisen hat, ist es trotzdem erforderlich, auch hier die dogmatische Begründung aufzuzeigen. Denn trotz des fehlenden Theorienstreits, der im deutschen Recht eine dogmatische Begründung des Schweigens schwieriger erscheinen läßt, vermißt man im französischen Recht eine einheitliche Linie beim dogmatischen Erfassen des Schweigens.

b) Beurteilung durch die deutsche Lehre
und Rechtsprechung

Nach einhelliger deutscher Lehre und Rechtsprechung setzt das Schweigen in der Regel keinen Erklärungsstatbestand, es bringt weder Zustimmung noch Ablehnung zum Ausdruck⁸²⁾. Ausnahmen, die ein Schweigen mit Erklärungswirkung ergeben, werden nur zugelassen, wenn der Schweigende verpflichtet wäre, seinen gegenteiligen Willen zum Ausdruck zu bringen. Eine solche Verpflichtung kann sich für ihn nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ergeben⁸³⁾.

Ist dies der Fall, dann kann das Schweigen als Willenserklärung gewertet werden, und damit auch in dem Bereich der formfreien Rechtsgeschäfte eine Willenserklärung ersetzen⁸⁴⁾. Der aus dem Kanonischen Recht bekannte Satz: "qui tacet consentire videtur"⁸⁵⁾, kann somit nur noch mit dem Zusatz "ubi loqui potuit ac debuit" Anwendung finden.

Wenn somit dem Schweigen nur unter besonderen Umständen (Treu und Glauben, Verkehrssitte) die Wirkung einer Willenserklärung zukommen kann, dann bedeutet das aber nicht, daß damit das Schweigen auch in diesen Fällen alle Merkmale einer Willenserklärung erfüllt, wie es z.B. die frühere herrschende Meinung annahm⁸⁶⁾. Vielmehr hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß das Schweigen tatbestandlich keine Willenserklärung sei, sondern lediglich in seinen

82) Vgl. statt aller Flume, A.T. Bd.II (1965) § 5, 26.

83) Palandt-Heinrichs, Anm. 3 b nn vor § 116.

84) Staudinger-Coing, Anm. 5 vor § 116.

85) S. liber sextus decretalium, Cap. 43 VI to de R.J.5,12; im allgemeinen Recht hat man auch unter Umständen (Handelsusancen) dem Schweigen die Bedeutung einer Willenserklärung beigelegt, s. Goldschmidt, Handb., 3.Aufl. 1 Bd., S.92 ff m.w.N.

86) Staudinger-Coing, Vorbem. 6 vor § 116.

Rechtswirkungen einer Willenserklärung gleichstehe. Das Schweigen ist somit keine Erklärungshandlung, sondern seine rechtliche Bedeutung liegt in dem Unterlassen des möglichen und gebotenen Widerspruchs⁸⁷⁾.

Spricht man aber dem Schweigen den Tatbestand einer Willenserklärung ab, dann entfallen auch die für etwaige Rechtsmängel geltenden Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Willenserklärung. Doch je nach Sachlage können die Vorschriften über Geschäftsführungs- und Willensmängel entsprechend angewendet werden⁸⁸⁾, wobei aber eine Anfechtung nicht auf einen Irrtum über die rechtliche Bedeutung des Schweigens gestützt werden kann⁸⁹⁾, weil die ganze Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung in diesem Fall ihren Sinn verlieren würde.

c) Beurteilung durch die französische Lehre und Rechtsprechung

Im Rahmen der Untersuchung wurde festgestellt, daß in Frankreich bei der Definition der "silence" im Gegensatz zur "manifestation tacite" die grundsätzlich fehlende rechtliche Bedeutung dieses "Nichtstun" hervorgehoben worden ist (s.o.S.51).

Diese Wertung des Schweigens als rechtliches "nullum" wird von der französischen Lehre einstimmig betont, während die Gerichte weitaus vorsichtiger in ihren Formulierungen sind. Das Schweigen des Annehmenden, das nicht zu einer vertragsgebundenen Wirkung führen kann, wird in der Praxis als Schweigen angesehen, das einer Ablehnung des Angebots gleichkommt⁹⁰⁾.

87) Staudinger-Coing, Vorb. 3 f vor § 116, Larenz, A.T. § 19 IV c, Flume, A.T. § 5,2.

88) Staudinger-Coing, Vorb. 3 d vor § 116.

89) H.M. BGH NJW 1969, 1711, Staudinger-Coing, a.a.O..

90) Littmann, Le silence et la formation du contrat, Thèse Strasbourg, 1969, S. 118 ff.

Mit teilweise unterschiedlichen Begründungen stellt die Lehre auf das Prinzip ab, daß ein Schweigen nicht den Wert einer Vertragsannahme haben kann, "weil es einen negativen Charakter habe"⁹¹⁾, weil das Schweigen "avolonté" sei⁹²⁾ oder "daß ein Schweigen nur eine einzige Absicht hervorbringen könnte, zu schweigen und keine Partei zu ergreifen"⁹³⁾ .

Selbst diejenigen Autoren, die dem Schweigen in bestimmten Situationen eine Erklärungswirkung zusprechen, behaupten, daß das "reine" Schweigen nicht in der Lage sei, einen Vertragsabschluß herbeizuführen⁹⁴⁾ .

Dieses Prinzip schien lange Zeit unanfechtbar und wird auch heute immer wieder bestätigt⁹⁵⁾ .

Die Mehrheit der französischen Juristen beruft sich dabei darauf, daß die einzige Rechtfertigung einer vertraglichen Bindung in der freiwilligen Zustimmung liege⁹⁶⁾ . Deshalb würde die Vermutung einer "acceptation" dieser Rechtfertigung widersprechen⁹⁷⁾ . Eine solche Zustimmung zu einem Antrag kann nur in Verbindung mit dem Willen gesehen werden, sich vertraglich zu binden⁹⁸⁾ .

91) Breton, Encyc.Dall.Droit civil, Art. "consentement" Nr.31.

92) Demogue, "notion fondamentale de droit privé", S.317.

93) Massé, "Traité de Droit commerce, Bd.III, S. 44.

94) Demogue, "Source des Obligations" Bd.II S.172, § 555, Valéry, "le contrat par correspondance", Paris 1895, § 88: "que par lui même le silence n'implique ni adhésion, ni refus".

95) H. und L. Mazeaud, Leçon de droit civil, Bd.II, 3.Aufl., 1966 S.111 § 137: "en principe, le silence ne vaut pas acceptation".

96) A. Weill, Le Principe de la relativité de convention en droit privé français, Strasbourg, 1938, S.8

97) A. Weill, a.a.O., S.8 "Toute obligation non librement consentie devient une injuste tyrannie une atteinte à la liberté".

98) Becquart, Les mots à sens multiple en droit civil français, Lille, 1928, S. 53.

Im Hinblick auf das große Ziel, die Freiheit des Schweigenden zu schützen, versuchen verschiedene Autoren, die Ablehnung des Schweigens als Vertragsannahme zu rechtfertigen⁹⁹⁾. Man scheut sich, den Schweigenden dafür verantwortlich zu machen, daß er seine Freiheit zu schweigen, ohne Rücksicht auf andere voll ausgenützt hat¹⁰⁰⁾.

Einige Autoren lehnen es deshalb ab, eine Verpflichtung des Schweigenden, auf einen Antrag zu antworten, anzuerkennen¹⁰¹⁾

Eine solche Einstellung läßt sich -wie schon oben angeführt¹⁰²⁾- dadurch erklären, daß nach der französischen Lehre die *volonté réelle* im französischen Vertragsrecht, der Wille der Parteien herrschen muß. Der Wille, sich zu verpflichten, muß vorhanden sein, um einen Vertrag entstehen zu lassen¹⁰³⁾.

Verschiedene andere Autoren wenden sich gegen diese absolute Stellung des Willens beim Problem des Schweigens, indem sie auf die Vermutungen und Fiktionen verweisen, die gerade bei einem Vertrag unter Abwesenden oft einen Willen

99) Barrault, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligation*, Dijon, 1912, S. 97 ff.

Binoux, a.a.O. "le silence est un droit par quoi l'individu manifeste sa liberté". "Face à toutes obligations sociales il reste à l'individu ce droit: garder le silence qui prouve sa liberté".

100) Vivante, Dr. comm. (Escarra), Bd, IV, Nr. 1538.

101) Planiol-Ripert, (Esmein) a.a.O., Bd. VI., S. 117. § 108: "L'inconvenient serait grand d'être obligé sous peine d'être engagé, de répondre aux offres..."

102) S.36 ff.

103) Madjarian, *Le silence dans la formations des contrats*, Nizza 1965, S. 207: "si l'on considère le silence en tant que manifestation de volonté ou arrive à une contradiction irréductible au sein, même de la théorie classique des contrats."

ersetzen⁽¹⁰⁴⁾. Weil man nicht abstreiten könne, daß der Wille im wesentlichen beweglich und flüchtig (*mouvante et fugitive*) sei, aus diesem Grunde auch viele vertraglich gebunden seien trotz eines "verschwundenen" Willens¹⁰⁵⁾, würde es paradox erscheinen, einerseits ein Schweigen als Annahme abzulehnen, andererseits solche Vermutungen und Fiktionen zuzulassen¹⁰⁶⁾.

Ob diese im Vertragsrecht zulässig sind, wird bestritten, doch an ihrer Existenz wird nicht gezweifelt¹⁰⁷⁾.

Man kann nun nicht die Schwierigkeiten leugnen, die die französischen Autoren auf der Grundlage der Willenstheorie haben, die rechtliche Bedeutung des Schweigens mit Erklärungswirkung zu werten, wenn es die Umstände verlangen.

Die neuere Lehre versucht, das Schweigen nicht nur im Hinblick auf die Willenstheorie zu sehen, weil es dadurch schwierig ist, ein Schweigen als Zustimmung zu erklären, sondern auch unter dem Aspekt des Vertrauens unter den Vertragspartnern, welches Sicherheit und Stabilität im Geschäftsverkehr erzeugt¹⁰⁸⁾.

104) Louis-Lucas, *Volonté et cause*, Dijon 1918, S.101: "Si l'on exige, pour la perfection du contrat, un coexistence de volontés effectives, on ne saurait les découvrir dans les contrats par correspondance qu'à renfort de présomptions et de fictions".

105) Ponceau, *La Volonté dans le contrat suivant le C.c.*, Lyon, 1921, S. 8.

106) Nerson, *La volonté de contracter*, in *Mélanges Secrétan* Montreux-Lausanne, 1964, S. 217.

107) Nerson, a.a.O.: "Il arrive donc de plus en plus souvent que le contrat s'affirme non point tel que les parties ont voulu que' il fût, mais tel que'elles ont dû vouloir qu' il fût; le contenu du contrat est parfois aménagé par une volonté, celle du juge, supérieure à celle des intéressés"...

108) Littmann, *Le silence et le formation du contrat*, Thèse Strasbourg, 1969, S. 117; Madjarian, a.a.O., S.316 ff.

Dabei wird das Schweigen mit Erklärungswirkung nicht mehr von seinem rechtlich negativen Sinn her betrachtet, sondern der Grundsatz seiner rechtlichen Neutralität hervorgehoben¹⁰⁹⁾.

Danach sieht man in dem Schweigen eine Rechtserklärung, die "es dem Individuum überläßt, sich abseits von einer rechtlichen Wertung zu halten¹¹⁰⁾".

Die Rechtsprechung sah sich demgegenüber nur genötigt, Stellung zu beziehen, ob sie ein Schweigen als Annahme werten kann oder nicht. Da es bei ihr weniger auf das Schweigen selbst als auf die Umstände ankam, die ein Schweigen mit Erklärungswirkung erzeugen können, mußten sich die Gerichte seit der Grundsatzentscheidung des Kassationshofes vom 25. Mai 1870¹¹¹⁾ nur mit der Wertung der besonderen Umstände auseinandersetzen. Liegen sie vor, dann sprechen sie eine Vermutung für die Existenz eines zustimmenden Willens aus. Ansonsten wird in dem Schweigen eine Ablehnung gesehen¹¹²⁾.

d) Dogmatische Begründung des Schweigens mit Erklärungswirkung im deutschen Recht

Wird nun im deutschen Recht dem Unterlassen des Schweigenden durch eine Verpflichtung zum Handeln rechtliche Erheblichkeit beigemessen, dann knüpfen die Rechtsfolgen an die Pflichtverletzung bzw. Obliegenheit an.

109) Binoux, "Silence et inaction dans les actes juridiques", Paris, 1944, S. 49: "il n'est négatif, ni positif, mais neutre"; Madjarian, a.a.O., S. 47.

110) Binoux, a.a.O., S. 49: "le silence une manifestation de droit laissé à l'individu de sentir à l'écart d'une situation juridique".

111) Cass. civ. 25.5.1870, D.P. 1870.1.257.

112) Littmann, a.a.O., S. 118 f.

Dem Schweigenden wird also die Erklärungswirkung seines Schweigens zugerechnet, wenn man ein Handeln nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte erwarten durfte. In dem Bereich der Privatautonomie aber, die von einer freiheitlichen Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen durch Willenserklärungen ausgeht, besteht gerade keine Verpflichtung, tätig zu werden. Diesen sind sich auch die Vertreter der subjektiven Willenstheorie bewußt, so daß sie die Rechtspflicht zum Reden, zum Antworten einem anderen Bereich zuordnen und somit eine dogmatische Begründung außerhalb der Rechtslehre suchen.

Sie lehnen es ab, die Fallgruppen des nur scheinbar rechtsgeschäftlichen Verhaltens, zu der auch das Schweigen mit Erklärungswirkung gehört, unter den Begriff der Willenserklärung einzuordnen, vielmehr suchen sie mit einer von der Privatautonomie unabhängigen Zurechnungsgrundlage dem Ordnungsprinzip des Vertrauensschutzes gerecht zu werden.

Eine solche Zurechnung¹¹³⁾ der dem Verhalten entsprechenden Rechtsfolgen wird hierbei von einem Teil dieser Lehre durch eine "Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens"¹¹⁴⁾ oder Haftung für Erklärungsfahrlässigkeit¹¹⁵⁾ begründet, ein anderer Teil versucht wieder eine Wertung als rechtlich relevantes Verhalten oder sieht eine Zurechnung in der Normierung von Verhaltenspflichten¹¹⁶⁾.

113) Nach Hübner, Festschrift für Nipperdy I (1965) S.373 f, 388 f soll die objektive Erklärungsbedeutung dem Erklärenden dann "zugerechnet" werden, wenn eine "Vorwerfbarkeit des Verhaltens" i.S. des Verschuldensprinzips vorliegt. Dabei stellt er Überlegungen an, ob als Voraussetzung des Verschuldens "Geschäftsfähigkeit" oder "Zurechnungsfähigkeit im haftungsrechtlichen Sinne (§§ 827, 828 BGB)" zu fordern seien; s.a. Larenz, A.T., § 25 I: "wenn er selbst bei Anwendung derjenigen Aufmerksamkeit, ... hätte erkennen können, daß sein Verhalten für andere den Sinn einer (Willens-) Erklärung hatte", vgl. auch Gudian, AcP 169, 234 f.

114) Staudinger-Weber, RGR, 11. Aufl., 1967, Rd.N.280 vor § 243; Krüger-Nieland, RGRK, BGB, 11. Aufl. 1959, Anm.1 u.8 vor § 116; W.Blomeyer, BB 1969, 101, 104, vgl. Staudinger-Coing, (Fußn.20), Rdn. 3 f vor § 116.

115) S.a. Rothoef, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968, S.77 f u.81 f; Manigk, Das Rechtswirksame Verhalten, 1939, S.224, 272 f, der in der Erklärungsfahrlässigkeit einen von der Willenserklärung "artverschiedenen Zurechnungsgrund" sieht, den die "Verkehrspflichten des Einzelnen gegenüber den Volksgenossen erzeugten".

116) Flume, Juristentagsfestschrift I 1960, S.150; Fabricius, JuS 1966, 58; Flume, AcP 161 (1962), S.52 ff.

Solche Ersatzkonstruktionen, die nur beispielhaft sind¹¹⁷⁾, führen praktisch zum gleichen Ergebnis, nämlich Zurechnung der dem Verhalten entsprechenden Rechtsfolgen¹¹⁸⁾, das die Erklärungstheorie noch innerhalb der Rechtsgeschäftslehre erreicht.

Da es nach den Vertretern dieser Theorie¹¹⁹⁾ nur auf den Empfängerhorizont ankommt, unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte, wird das Schweigen somit nicht unter der Voraussetzung oder als Folge fehlerhaften Verhaltens als Zustimmung gewertet.

117) "Wertung als obj. Rechtsgestaltung" - Krause, Festschrift Molitor, S. 383, 393; vgl. a. Reinhardt, Festschrift Schmidt-Rimpler, 1957, S. 115, 122; "Auferlegung von Pflichten durch die Rechtsordnung" - Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, 1968, S. 28, 59 f, 61, 69 u. 287; "Haftung aus einem in Ergänzung des geschriebenen Rechts geschaffenen gesetzlichen Schuldverhältnis" - Hübner, a.a.O., S. 380, "Zurechnung kraft Obliegenheitsverletzung" - Hanau, AcP 165 (1965), S. 220, 236 ff; "Zurechnung kraft Reflexwirkung des eigenen Verhaltens" - Hübner, a.a.O., S. 378 u. 385; "analoge Anwendung der Rechtsfolgen eines tatsächlich vorhandenen Willens" - Batholomeyczik, Festschrift Ficker, S. 51 f, 73 f u. 77.

118) Die "Zurechnung" wird hierbei als "Verhaltenshaftung" eigener Art verstanden, in denen "ein auch nur irgendwie gearteter Wille nicht vorhanden ist, und daher als Basis für eine Interpretation nicht taugen kann", Hübner, a.a.O., S. 377 f; als Anwendungsgebiet dieses Zurechnungstatbestandes nennt Hübner, S. 381 u.a. das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, die Unterwerfung unter AGB, einige Grundsätze im Wertpapierrecht, die Lehre vom Scheinkaufmann und die Grundsätze der Anscheinsvollmacht; vgl. dazu auch Flume, AcP 161 (1962), 66 f; ders. A.T. § 36,5: "Das Schweigen sei ein "Nicht-Erklären", so daß ein außergeschäftlicher Zurechnungsgrund erforderlich wurde.

119) Esser, SR A.T., 4. Aufl., S. 88; Soergel-Hefermehl, Fußn. 1, SR A.T., RdNr. 6-9 vor § 116; Larenz, A.T. § 25, I.

Eine solche Zustimmung wird dadurch erreicht, daß das Verhalten des Schweigenden von einem Dritten als Abgabe einer bestimmten Willenserklärung gedeutet werden konnte. Der durch das Verhalten des Betreffenden gesetzte Tatbestand wird deshalb zugerechnet, weil er zur Kontrolle seines Verhaltens verpflichtet ist und ihm infolgedessen die Verantwortung für das nur scheinbar auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen hindeutende Verhalten obliegen muß¹²⁰⁾.

Eine solche Obliegenheit, dafür zu sorgen, daß das Verhalten nicht von einem Dritten mißverstanden wird, resultiert aus der Sozialbindung des einzelnen in der Gesellschaft, es erwächst also eine Selbstverantwortung Dritten gegenüber.

Grenze dieser Selbstverantwortung liegt in der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Unterläßt der Schweigende es, mißverständliche Äußerungen seines Verhaltens zu beseitigen, hätte er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt es erkennen müssen, daß sein Verhalten von einem Dritten als Abgabe einer bestimmten Willenserklärung gedeutet werden konnte, dann wird ihm auch sein Verhalten zugerechnet¹²¹⁾.

Nach dieser Meinung begründet also der Grundsatz der Selbstverantwortung kein allgemeines Verhaltensrisiko, sondern nur eine Haftung für sein fahrlässiges, auf einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Willen hindeutendes Verhalten im Rechtsverkehr¹²²⁾.

120) Schmidt-Salzer, JR 1969, 285.

121) Schmidt-Salzer, a.a.O., S. 285 f m.w.Nachw.

122) Kellmann JuS 71, 609 ff, 616.

Zusammenfassend kommen sowohl Willenstheorie als auch Erklärungstheorie zum gleichen Ergebnis, nämlich Zurechenbarkeit der dem Verhalten entsprechenden Rechtsfolgen, obwohl sie dogmatisch verschiedene Wege beschreiten.

Die Willenstheorie versucht die Zurechnung des nur scheinbaren rechtsgeschäftlichen Verhaltens auf einer außerhalb der Privatautonomie liegenden Grundlage zu erreichen, während die Erklärungstheorie es noch innerhalb der Rechtsgeschäftslehre zu erklären sucht.

e) Dogmatische Begründung des Schweigens mit Erklärungswirkung im französischen Recht.

Die Untersuchungen haben ergeben, daß grundsätzlich auch nach französischem Recht das reine Schweigen keine Erklärung ist, weil regelmäßig kein Verhalten vorliegt, aus dem zwingend auf einen rechtsgeschäftlichen Willen geschlossen werden könnte.

Von diesem Grundsatz lassen nun die Rechtsprechung und die ihr folgende Lehre unter "ganz besonderen Umständen" Ausnahmen zu, die dem Schweigen die Qualifikation eines "schlüssigen" Verhaltens geben können, d.h., die "silence circonconstancié" wird dann als stillschweigende Erklärung gewertet. Liegen solche Umstände nicht vor, dann fehlt es an der erforderlichen "manifestation", das Schweigen wird als "silence-refus" angesehen, der Vertrag kommt durch die fehlende "manifestation de volonté" nicht zustande.

Welche Umstände können nun eine Vertragsannahme durch Schweigen herbeiführen? Ohne jetzt näher die einzelnen Beispiele aufzuzählen,¹²³⁾, können allgemein gesehen,

123) Vgl. hierzu S. 131 ff.

doch nur solche Umstände, die das negative oder neutrale Verhalten umgeben, eine "silence" - acceptation" herbeiführen, die der Passivität einen Sinn, eine Bedeutung geben.

Die Lehrbücher sagen nichts darüber aus, und nur die Rechtsprechung mit ihren Entscheidungen heranzuziehen erscheint unzureichend, weil die Umstände ohne nähere Begründung nur beispielhaft aufgeführt werden. Bei der Suche nach einem eindeutigen Kriterium kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß, ähnlich wie im deutschen Recht, der gute Glaube des Offerenten bei der Beurteilung des Schweigens durch die Rechtsprechung mitberücksichtigt wird. Ein Glaube, der sich auf die Tatsache stützt, daß der Schweigende bestimmt seine Weigerung in irgendeiner Form ausgedrückt hätte, was dazu führen könnte, daß man dann auch den im französischen Recht bekannten Satz des kanonischen Rechts "qui ne dit mot, consent" umwandeln könnte in "qui ne consent pas, le dit"¹²⁴⁾.

Sieht man nun mit der Rechtsprechung im Schweigen in der Regel nur eine Verweigerung (silence-refus), dann wird eine "Willenserklärung" nicht durch das Schweigen erreicht, sondern nur aufgrund besonderer Umstände, trotz des Schweigens. Nur diese besonderen Tatsachen führen zu einer stillschweigenden Erklärung.

Wie kann man diese Umstände mit dem das französische Vertragsrecht beherrschenden Grundsatz vereinbaren, daß ein Vertrag nur dann geschlossen werden kann, wenn es die Parteien gewollt haben?

124) Rieg, a.a.O., S. 44 Nr. 34.

Die Rechtsprechung zieht sich damit "geschickt aus der Affaire", daß diese Umstände die Vermutung für die Existenz eines zustimmenden Willens nach sich ziehen, d.h., durch sie wird ein "gewisser Willenstatbestand" des Schweigenden begründet¹²⁵⁾.

Eine "silence-circonstancié" wird demnach zur Vertragsannahme, wenn Tatsachen dafür sprechen, daß ein stillschweigender Wille, sich zu verpflichten, vorhanden ist, oder wenn die Richter diesen Willen vermuten, z.B. bei ständigen Geschäftsbeziehungen (relations d'affaires). Doch der Widerspruch zur "autonomie de volonté" oder "liberté d'individu" bleibt bestehen, weil durch das souveräne Ermessen der Richter eine Fiktion des Willens entsteht. Dieser Gegensatz gibt auch Anlaß zur heftigen Kritik seitens der französischen Lehre¹²⁶⁾, denn die Vermischung von äußeren Umständen und innerem Willen würde nicht zu einer klaren dogmatischen Lösung führen.

Auch würde versucht, das Problem unter starker Beachtung des guten Glaubens des Offerenten zu lösen, ohne überhaupt den Versuch zu unternehmen, einzig und allein den Willen des Schweigenden zu untersuchen¹²⁷⁾. Außerdem widerspräche die Heranziehung äußerer Umstände dem Begriff der "silence-circonstancié" selbst, weil es sich nicht mehr um das Schweigen handle, sondern nur um die Beachtung dieser Umstände.

Es handelt sich aber nur um vereinzelte Stimmen, die Mehrheit der französischen Lehre schließt sich der Auffassung der Gerichte an, ohne sich mit den anstehenden Problemen

125) Nerson, a.a.O., S. 217.

126) Littmann, a.a.O., S. 139.

127) Littmann, a.a.O., S. 161 ff.

ernsthaft auseinanderzusetzen¹²⁸⁾.

Verschiedene Autoren haben sich gegen diese Vermutung eines zustimmenden Willens gewandt, indem sie einerseits über das autonome Institut des Rechtsmißbrauchs¹²⁹⁾ eine Lösung zu erreichen suchten, andererseits den Begriff der "silence-coupable"¹³⁰⁾ an die Stelle der "silence-circonstancié" setzen wollten. Diese Idee ist vom "caractère fautif" des Schweigens ausgegangen und bot auf der Grundlage der Art. 1382, 1383 eine für das Schweigen dogmatisch einwandfreie Begründung an¹³¹⁾.

Doch welchen Schaden hat aber derjenige, der das Angebot abgegeben hat und der einzig und allein bestrebt sein wird, den Vertragsschluß herbeizuführen?

Wie kann man eine "silence-acceptation" als Sanktion für eine "silence-coupable" mit dem Respekt vor der "liberté de l'individu" rechtfertigen?

128) Rieg, a.a.O., S.46, Nr.37

129) Popesco-Ramniceano: "Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit" in Rev.trim.dr.civ.1930, S.1009. Diese Theorie scheitert daran, daß man "l'abus du droit de ne pas contracter" nicht mit der Willensfreiheit vereinbaren konnte.

130) Savatier, Traité de la responsabilité civile en Droit français, 2.Aufl., 1951, t.I. Lalou, "La gamme de fautes", D.H. 1940, 17 ff.

131) Art. 1382 C.c.:

"Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

Art. 1383 C.c.:

"Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence où par son imprudence"

Beide entsprechen ungefähr dem Sinn und Zweck des § 823 I BGB, umfassen aber einen weitaus größeren Anwendungsbereich, z.B.auch das Wettbewerbsrecht. Das Merkmal der Unlauterkeit, das auch bei der Beurteilung der Wettbewerbshandlungen entscheidend ist, ist unter dem Begriff "faute" zu finden. Ansonsten liegt der entscheidende Unterschied darin, daß im französischen Recht im Gegensatz zu § 823 BGB nicht die Verletzung eines absoluten Rechtsgutes vorzuliegen braucht.

Diese Fragen lassen berechnigte Zweifel an dieser Meinung aufkommen.

Aufgrund dieser Zweifel versuchten einige Autoren Wege aufzuzeigen, um die bestehenden Unsicherheiten in der Begründung auszuräumen.

Eine Ansicht zögert nicht lange, auf der Basis der Art.1382, 1383 C.c. eine Vertragsannahme als Sanktion zu rechtfertigen¹³²⁾.

Dem widerspricht eine neuere Meinung, weil nach ihr die "faute" keinen Vertrag entstehen lassen kann. Eine "silence" könne zwar "coupable" sein, doch der Begriff allein führe nicht zu der Konsequenz, daß die Regeln des Schadensersatzrechts angewandt werden, um eine "silence-acceptation" anzunehmen.

Auch berücksichtige man die Situation des Schweigenden nicht genügend, der ja durch sein Schweigen ebenso eine Ablehnung ausdrücken könnte¹³³⁾.

Diese Meinung nimmt nun Bezug auf Art.6 des Schweizerischen Obligationenrechts und auf die im Schweizer Recht vertretene Vertrauenstheorie¹³⁴⁾, und versucht den Akzent auf das

132) Madjarian, a.a.O., S. 316 ff.

133) Littmann, a.a.O., S. 195 ff, 203.

134) Vgl. Yung, Mélanges Roger Secrétan, Montreux, 1964, S. 339 f, 349 und 352, Patry, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Genève, 1953; Piotet: La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Berne, 1956 Hug, Betrachtungen zum Gerichtsgebrauch über Abschluß und Auslegung der Verträge, Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 36 (1955), 12 m.w.N.

Vertrauen des Erklärungsempfängers zu setzen.

Sie geht somit von objektiven Gesichtspunkten aus, um eine "silence-coupable" zu rechtfertigen.

Demnach gilt ein Schweigen als Vertragsannahme, wenn eine "confiance legitime en une certaine apparence de consentement" vorhanden ist.

Der Schweigende ist also nicht gebunden, weil er einen bestimmten inneren Willen hatte, sondern nach objektiven Grundsätzen, weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hatte, aus dem die andere Partei nach gutem Glauben auf das Vorliegen eines bestimmten Willens schließen konnte.

Zusammenfassend kann man mit Rieg¹³⁵⁾ im französischen Recht von einer "absence de système général" beim dogmatischen Erfassen des Schweigens als Vertragsannahme sprechen.

Nachdem die Rechtsprechung einige Ausnahmen von einer "silence-refus" zugelassen hatte und z.B. bei "relations d'affaires", "usages commerciaux" und "dans l'intérêt exclusif du destinataire" dem Schweigen die Wirkung einer stillschweigenden Erklärung beigemessen hatte, wurde von einzelnen Autoren versucht, diese Ausnahme dogmatisch besser zu begründen.

Während die Rechtsprechung und die ihr folgende Lehre einen "gewissen Willenstatbestand" aufgrund äußerer Umstände vermuten, ziehen andere die Theorie des Rechtsmißbrauchs heran, um dem Schweigen eine Erklärungswirkung zu geben. Sie stützen sich dabei auf den Grundsatz, daß "on n'a pas le droit d'abuser de son silence"¹³⁶⁾. Doch ihre begrenzte Anwendung verhalf dieser Theorie nicht zum

135) Rieg, a.a.O., S. 50 Nr. 42.

136) Vgl. Fußnote 129, S. 66.

Durchbruch, weil sie nicht mit der "autonomie de volonté" zu vereinbaren war.

Demgegenüber hob eine Meinung hervor, daß "cette circonstance imprime au silence un caractère fautif"¹³⁷⁾, mit der Konsequenz, daß man nicht mehr von einer "silence-circonstancié", sondern nur noch von einer "silence-coupable" mit der Sanktion des Vertragschlusses auf der Basis des deliktischen Schadensersatzrechts spricht.

Viel zu sehr steht der ganzen Argumentation der Grundsatz der Willensfreiheit gegenüber, die eine sichere Begründung schwer zuläßt.

Aus diesem Grunde versucht eine andere Meinung - in Anlehnung an die schweizerische Lehre über das Schweigen - objektive Gesichtspunkte zu berücksichtigen, um bei der Beurteilung des Schweigens auf die "confiance-légitime" des Erklärungsempfängers abzustellen.

f) Zusammenfassung

Im Ergebnis kann man nun festhalten, daß beide Rechte dem bloßen Schweigen (silence simple) nur in Ausnahmefällen eine Erklärungswirkung beilegen.

Dabei hat die deutsche gegenüber der französischen Lehre den Vorzug, eine dogmatisch geschlossener Begründung anzubieten, die dem Schweigen nur dann die Wirkung einer Willenserklärung zukommen läßt, wenn der Schweigende verpflichtet gewesen wäre, seinen gegenteiligen Willen zum Ausdruck zu bringen (qui tacet consentire videtur, ubi loqui debuit ac potuit).

¹³⁷⁾ Vgl. Fußnote 130, S. 66.

Außer einigen gesetzlichen Bestimmungen beruht die Erklärungswirkung hauptsächlich auf Treu und Glauben (bonne foi) unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, so daß nur eine objektive Beurteilung des Schweigens vorliegt.

Während die deutsche Rechtsprechung auf dem Boden einer recht einheitlichen Doktrin ihre Entscheidungen fällt, ist es in Frankreich die Rechtsprechung, die gewisse Richtlinien für eine "silence-circonstancié" aufgestellt hat, d.h., in Ausnahmefällen können Umstände vorhanden sein, die aus einer "silence-refus" eine "silence-acceptation" machen können.

Die französische Lehre hat daraufhin versucht, diese Ausnahmefälle dogmatisch zu erfassen, was ihr nur mit Mühe gelungen ist.

Es bieten sich viele Lösungen an, um die etwas einseitige Auslegung durch die Gerichte einwandfreier zu begründen.

Das souveräne Ermessen in Frankreich führt nämlich einerseits dazu, daß auf Tatsachen aufgebaut wird, die dafür sprechen, daß ein stillschweigender Wille, sich zu verpflichten, vorhanden ist, und andererseits auf einen vielfach vermuteten "gewissen Willenstatbestand".

Doch fast alle Versuche scheitern an der Unvereinbarkeit mit dem Prinzip der "autonomie de volonté", dem eine bedeutende Stellung im französischen Schuldrecht eingeräumt wird.

Demgegenüber hat sich inzwischen in der deutschen Lehre die Meinung durchgesetzt, daß das Schweigen tatbestandlich keine Willenserklärung sei, sondern lediglich in seinen Rechtswirkungen einer Willenserklärung gleichstehe.

Die Einstellung der französischen Gerichte, beim Schweigen von einem "gewissen Willenstatbestand" auszugehen, was im Gegensatz zur deutschen Auffassung steht, wird in Frankreich auch als Widerspruch zur "volonté réelle" angesehen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß es gerade äußere Umstände sind, die dem Schweigen eine Erklärungswirkung geben.

Feststeht, daß damit bei beiden Rechtsordnungen objektive Merkmale für eine rechtliche Bewertung des Schweigens herangezogen werden. Ein Unterschied ergibt sich nur in der dogmatischen Begründung des Schweigens.

Ob aber in beiden Staaten in jedem Fall des Schweigens die gleichen objektiven Merkmale herangezogen werden, oder ob unterschiedliche Maßstäbe angewandt werden, soll die nun folgende Untersuchung zeigen.

B. Vergleich der Ausnahmen vom Schweigen als rechtliches "nullum" im deutschen und französischen Recht

Die theoretischen Ausführungen haben einen Einblick in die schwierige Problematik der rechtlichen Würdigung des Schweigens gegeben. Darauf aufbauend sollen nun die Ausnahmen von dem Grundsatz, daß das bloße Schweigen weder Zustimmung noch Ablehnung ist, die beide Rechtsordnungen zulassen, gegenübergestellt und verglichen werden.

Bei möglichen Unterschieden muß man sich dann fragen, ob die eine oder die andere Rechtsordnung das Problem auf ähnliche Weise löst oder andere Wege dafür einschlägt.

Dies kann gerade bei der Prüfung gesetzlicher Vorschriften der Fall sein, weil es häufiger anzutreffen ist, daß der eine Staat im Gegensatz zum anderen eine gesetzliche Regelung zur Lösung eines sozialen Grundproblems aufgestellt hat.

In diesen Fällen soll nun nach dem Zweck der Norm gefragt werden, weil durch gesetzliche Bestimmungen zusätzliche Bedürfnisse geschaffen werden können, die ihrerseits wieder gelöst werden müssen. Setzt ein Gesetzgeber bei einer Regelung z.B. zusätzlich eine Frist für eine Antwort, dann entsteht die Frage, wie lange die andere Partei auf die Antwort warten muß, § 147 II BGB.

Ferner ergibt sich noch das Problem, ob bei Verstreichenlassen der Frist die Parteien noch gebunden sind oder nicht.

Hat nun der Gesetzgeber auch hier eine Problemlösung ange-

boten¹⁾, wird es um so schwieriger sein, das Problem der Frist in dem anderen Staat zu finden. Denn fehlt in dem anderen Staat schon die gesetzliche Grundlage z.B. für die Genehmigungsaufforderung - obwohl im allgemeinen eine Genehmigung für das bewußte Rechtsgeschäft zulässig sein kann - dann stellt sich auch nicht das Problem einer Frist für diese "gewünschte" Genehmigung.

Aus diesem Grund ist es schwierig, dasselbe Problem in beiden Staaten zu suchen und es an die Spitze der Untersuchung zu stellen. Vielmehr soll der Zweck der Norm Ausgangspunkt sein, dem sich dann die Frage anschließen wird, ob dieser Zweck, den die gesetzliche Vorschrift verfolgt, auf ähnliche Weise in dem Vergleichsstaat gelöst wird.

So wie das deutsche kennt auch das französische Recht gesetzliche Regelungen, in denen das Schweigen "in einer bestimmten Lage als Erklärung bestimmten Inhalts gilt"²⁾.

I. Gesetzliche Ausnahmen

1) Vorschriften im deutschen Recht

a) Schweigen als Ablehnung (§§ 108 II, 177 II, 415 II 2 BGB)

aa) Deutsche Lösung der sozialen Bedürfnisse

Gemäß §§ 108 II, 177 II, 415 II 2 gilt eine Genehmigung für ein Rechtsgeschäft als verweigert, wenn sie von demjenigen, der sie zu erteilen hat, auf eine an ihn gerichtete Auf-

1) Z.B., wenn der Gesetzgeber nach Verstreichenlassen der Frist dem Schweigen eine Erklärungswirkung beimißt.

2) Larenz, A.T., § 25 III, S. 362.

forderung hin nicht innerhalb einer bestimmtem Frist erklärt wird. Wie bei all den anderen deutschen Ausnahmenvorschriften, die ein Schweigen mit Erklärungswirkung zulassen, handelt es sich nicht um Auslegungsregeln, sondern um dispositive Gesetzesnormen, die eine Rechtsfolgenanordnung "im Gewand einer Fiktion einer Willenserklärung enthalten"³⁾. Das Schweigen soll also als eine Willenserklärung gelten, ohne aber eine Willenserklärung zu sein⁴⁾, d.h., die Rechtsfolge beruht unmittelbar auf einer gesetzlichen Vorschrift und nicht auf einem "als Erklärung eines Rechtsfolgewillens zurechenbaren Verhalten."⁵⁾

Im deutschen Recht führt diese Fiktion nun zu der Frage, ob man das Schweigen ganz aus dem Zusammenhang der Willenserklärung nehmen soll, oder die Vorschriften über die Willenserklärung wenigstens analog anwenden kann.⁶⁾

Bei den oben erwähnten §§ läßt die herrschende Meinung⁷⁾ die aus dem Recht der Willenserklärung herzuleitenden Einwendungen nicht zu, so daß es auf die Geschäftsfähigkeit und etwaige Willensmängel nicht ankommt. Sie begründet es damit, daß die Wertung des Schweigens in der Regel nicht besonders nachteilig ist. Das hat zur Folge, daß das Schweigen hinsichtlich der Rechtsfolge lediglich einer Willenserklärung gleichsteht, aber keine Willenserklärung ist⁸⁾.

3) Larenz, A.T., § 25 III, S.362.

4) Hanau, AcP 165 (1965), 220, 223, der den Begriff der Fiktion angreift.

5) Larenz, A.T., § 25 III, S. 364.

6) Bei Anwendung der Vorschriften der Willenserklärung könnte sich der Schweigende z.B. auf §§ 119 ff stützen, was nach einer erfolgreichen Anfechtung die Erklärungswirkung auslöschen könnte.

7) Vgl. Palandt-Heinrichs, 3b cc vor § 116.

8) Staudinger-Coing, Vorb.4 vor § 116; Larenz a.a.O., S.364

In jeder dieser aufgezeigten Situationen muß es der Geschäftspartner des Minderjährigen, des falsus procurator, des Schuldners⁹⁾, hinnehmen, daß bis zur Genehmigungserklärung ein Zustand der Ungewißheit besteht, wobei diese Ungewißheit verstärkt wird durch die Möglichkeit einer Genehmigungsverweigerung. Dieser für den Betreffenden lästige Schwebezustand kann nun dadurch beendet werden, daß der Geschäftspartner den gesetzlichen Vertreter, oder den Vertretenen oder den Gläubiger auffordert, sich über die Genehmigung zu erklären. Es beginnt mit der Aufforderung eine Frist zu laufen, in der sich der Aufgeforderte äußern muß. Unterläßt er es, dann "gilt" sein Schweigen als Ablehnung, eine spätere Genehmigung ist unwirksam.

Sinn und Zweck dieser Regeln ist somit eine Beseitigung des Zustandes der Unsicherheit durch den Geschäftspartner. Es handelt sich also um Schutzvorschriften, die die Interessen des Geschäftspartners in der Weise berücksichtigen, daß er den Zustand der "schwebenden Unwirksamkeit" beenden und eine endgültige Entscheidung herbeiführen kann, d.h., entweder wird der Vertrag durch die Genehmigung wirksam oder nicht, wobei nach Ablauf der Frist die Genehmigung als Verweigerung "gilt".

bb) Lösung durch die französische Rechtsordnung

(1) Französische Lösung im Vergleich zu § 108 II BGB

Auf solche Schutzvorschriften kann der Geschäftspartner im französischen Recht nicht zurückgreifen, um im Minderjährigenrecht die Unsicherheit in dem Vertragsverhältnis zu beseitigen; eine Unsicherheit, die dadurch entstanden ist, daß er mit einem zwar urteilsfähigen, aber noch nicht

9) In diesem Fall können beide Vertragsparteien dem Gläubiger eine Frist setzen, sich zu äußern.

"gewaltentlassenen" Minderjährigen¹⁰⁾ einen Vertrag geschlossen hatte.

An diesen Vertrag ist er gem. Art. 1304 i.d.F. vom 3.1.1968 gebunden und muß 5 Jahre lang damit rechnen, daß der Minderjährige sich auf seine Minderjährigkeit beruft. Denn Grundsatz im französischen Recht ist, daß bei bestimmten Rechtsgeschäften¹¹⁾ die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, aber auch ausreichend ist. Fehlt es an der erforderlichen Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, dann kann dieser das Geschäft nachträglich genehmigen, was zu einer Heilung des Rechtsgeschäfts führt¹²⁾. Doch mit der Genehmigung wird nicht der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit beendet, den nur das deutsche Recht kennt¹³⁾. Auch ohne Genehmigung ist ein Rechtsgeschäft nur dann mangelhaft¹⁴⁾, wenn es für den Minderjährigen nachteilig ist und eine Verletzung (*lésion simple*) darstellt, Art.1305 C.c.¹⁵⁾. Entscheidend ist vor allem, ob das Geschäft im Einzelfall für den Minderjährigen wirtschaftlich nachteilig ist, während das deutsche Recht die Betonung auf die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts legt¹⁶⁾.

Bei der Prüfung, ob eine "*lésion*" vorliegt, werden nur die persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts und die Nützlichkeit des Rechtsgeschäfts für den Minderjährigen berücksichtigt¹⁷⁾.

10) Die Unterscheidung von Geschäftsfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit iSd BGB kennt der C.c.nicht. Doch ist man sich in Frankreich im klaren, daß eine rechtliche Differenzierung zwischen Kindern, die sich über ihre Handlungen nicht bewußt sind, und Minderjährigen vorgenommen werden muß, siehe dazu besonders Ferid, Bd.1, § 15 IE 163, 155 .

11) siehe dazu Ferid, a.a.O., m.w.N.

12) Plan.-Rip., Tr.Prat.VI (Esmein), Nr.17.

13) Ferid, a.a.O., 155.

14) Was dann zur Nichtigkeit führen würde.

15) Aubry-Rau, IV (Bartin), 6.Aufl. § 335, Plan-Rip.a.a.O., Nr. 79, Col.-Capit., Traité I, Nr. 1676.

16) Siehe dazu Ferid, a.a.O., Nr. 168.

17) Es wird also nicht auf die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung abgestellt, sondern die Nützlichkeit des Rechtsgeschäfts herangezogen, s.Ferid, a.a.O.,168.

Erst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, kann sich der Minderjährige auf seine "incapacité légale" berufen. Diese Möglichkeit gewährt ihm das Gesetz gem. Art. 1304 Code civil in der Fassung vom 3.1.1968.

Der Geschäftspartner ist dagegen schutzlos, wenn er vom Vertrag loskommen will. Ein gewisser Schutz liegt nur darin, daß sich der redliche Geschäftspartner unter gewissen Umständen nicht der Geltendmachung der "incapacité" ausgesetzt sieht. Das ist dann der Fall, wenn er den Minderjährigen nicht übervorteilt und nicht zu übermäßigen Ausgaben verleitet hat¹⁸⁾.

Ist der Geschäftspartner aber an dem Vertragsabschluß interessiert, dann entsteht im französischen Recht gar nicht das Bedürfnis, ihn im Sinne des § 108 II BGB zu schützen, weil selbst bei fehlender Genehmigung das Geschäft nicht mangelhaft ist. Er ist 5 Jahre lang an das Rechtsgeschäft gebunden, und muß nur dann mit einer "incapacité" rechnen, wenn die oben erwähnten Voraussetzungen vorliegen. Es entsteht also nicht das Bedürfnis wie im deutschen Recht nach einer Genehmigungsaufforderung, was zur Folge hat, daß auch die damit verbundene Frist mit ihrem Problem des Schweigens entfällt.

(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 177 II BGB

Bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht kann sich der Geschäftspartner des Pseudovertreters auch nicht auf ähnliche Schutzvorschriften wie im deutschen Recht berufen¹⁹⁾. Denn

¹⁸⁾ Ferid, a.a.O., I E 172 f.

¹⁹⁾ Selbst der Geschäftsgegner, der den Mangel der Vertretungsmacht bei Abschluß nicht gekannt hat und im deutschen Recht gem. § 178 BGB seine Vertragserklärung bis zur Genehmigung widerrufen kann, hat im französischen Recht keine entsprechende Vorschrift in seinem Interesse.

der Vertretene ist auch nur ausnahmsweise²⁰⁾ im französischen Recht bei einem ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäft gebunden. Eine solche Bindung²¹⁾ tritt dann ein, wenn seitens des Vertretenen eine Genehmigung (ratification) vorliegt²²⁾. Wird die Genehmigung verweigert, dann hat dies eine endgültige Unwirksamkeit²³⁾ des Rechtsgeschäfts zur Folge, wie wenn eine aufschiebende Bedingung nicht eintritt²⁴⁾.

Somit liegt alles in den Händen des Vertretenen, der allein darüber entscheiden kann, ob ein Geschäft wirksam wird oder nicht.

Der Geschäftspartner ist also an den Vertrag gebunden, es sei denn der Vertretene verweigert die Genehmigung²⁵⁾. Wenn aber der Vertretene allein darüber entscheiden kann, ob er eine Vertragsbindung will, dann entsteht im französischen Recht auch nicht das Problem einer Genehmigungsaufforderung, die mit einer Frist verbunden ist. Das soziale Bedürfnis, den Geschäftspartner, wie im deutschen Recht, nach Verstreichenlassen der Frist zu schützen, indem man die Genehmungsverweigerung fingiert, um klare Verhältnisse zu schaffen, existiert also gar nicht im französischen Recht.

20) Grundsatz ist, daß der Vertretene durch die Rechtsgeschäfte des Vertreters nicht gebunden wird, wenn dieser seine Vertretungsmacht (Vollmacht) überschreitet, oder ganz ohne Vollmacht handelt (Art. 1998 II 1. Halbsatz). Wie man im französischen Recht diese Art der Mangelhaftigkeit erklärt, an der solche Rechtsgeschäfte leiden, s. Ferid, Bd. 1, § 20 I E 362.

21) Drei Möglichkeiten bestehen, eine Bindung für den Vertretenen zu erreichen: 1. Genehmigung, 2. wenn das Rechtsgeschäft für den Vertretenen nützlich ist, 3. wenn eine Anscheinvollmacht anzunehmen ist, Ferid, Bd. 1, § 20 I E 347.

22) Genehmigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, grds. formfrei und kann auch stillschweigend entstehen. PlanioI-Rip., Tr.Prat.VI (Esmein), Nr.64.

23) S. Fußnote 14 dieses Abschnitts.

24) Encyc. Dalloz, Rép. Dr.civ., "porte-fort" Nr.36, 38.

25) Ferid, a.a.O., I E 363.

Es kann auch nicht entstehen, weil der Schutz des Geschäftspartners in viel stärkerem Maße erreicht wird. Denn nach französischem Recht kann der Partner im Gegensatz zu § 178 BGB nicht einmal durch Widerruf vom Vertrag loskommen. Da somit das französische Recht schon im Ansatz dem Geschäftsgegner gegenüber 'feindlicher' eingestellt ist, ist es deshalb nur konsequent, wenn das französische Recht dem Partner das Recht zur Genehmigungsaufforderung versagt.

(3) Französische Lösung im Vergleich zu § 415 II 2 BGB

Erst recht findet man keine entsprechenden Vorschriften zum Schutze des Geschäftspartners im Bereich der befreienden Schuldübernahme. Das französische Recht kennt die Schuldübernahme nicht als allgemeines Rechtsinstitut. Man versucht vielmehr die sich ergebende Lücke mit Hilfe der "novation mit Schuldnerwechsel"²⁶⁾ (Art. 1271 Ziff.2, 1275) zu schließen²⁷⁾, doch wird auch heute unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie eine echte Übernahme der Schuld zugelassen, bei der die alte Schuld übergeht. In diesem Fall greifen aber die Besonderheiten der 'novation' ein²⁸⁾, d.h., Art. 1271 ff C.c.

Eine entsprechende Regel wie § 415 II 2 BGB findet man also auch nicht im französischen Recht.

26) Ferid, Bd.1 § 34 II E 169

27) Im Gegensatz zum deutschen Recht geht nicht die alte Schuld über, sondern es entsteht eine neue, was nach deutschem Recht zu einem Ausschluß der Einwendungen gem. § 417 BGB führt.

28) S. dazu Ferid, Bd.1 § 31 II D 27 f

b) Schweigen als Zustimmung (§§ 416, 496, 516 II BGB)

a) § 416 BGB

(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses

Ein Käufer eines Grundstücks, das mit einer Hypothek belastet ist, kann im allgemeinen gem. § 439 BGB die Beseitigung dieser Hypothek verlangen, um ein unbelastetes Grundstück zu erwerben. Es gibt aber auch Käufer, die das Grundstück mit Hypothek kaufen wollen, indem sie in dem Kaufvertrag die "Übernahme" der Hypothek vereinbaren und den Wert der Hypothek auf den Kaufpreis anrechnen²⁹⁾. Die deutsche Rechtsprechung legt eine solche Übernahme dahingehend aus, daß damit auch die befreiende Übernahme der persönlichen Schuld erfolgt³⁰⁾.

Der Veräußerer muß aber den Hypothekengläubiger gem. § 416 I darüber informieren, daß der Käufer an die Stelle des alten Schuldners getreten ist. Der Gläubiger hat nun die Möglichkeit, diese Übernahme zu genehmigen oder zu verweigern, doch ist er an eine sechsmonatige Frist gebunden, die mit dem Empfang der Mitteilung über den Schuldnerwechsel zu laufen beginnt. Unterläßt es der Gläubiger, dann "gilt" seine Genehmigung nach sechs Monaten als erteilt, gem. § 416 I 2 BGB. Ein Zustand der Unsicherheit, der mit Fristbeginn gegeben war, wird somit auch hier beseitigt. Das Gesetz erleichtert dem Käufer die Herbeiführung der Genehmigung des Gläubigers, und damit den Schuldübergang, auch um eine unerwünschte Trennung von dinglicher und persönlicher Haftung zu vermeiden³¹⁾. Es fingiert die Genehmi-

29) Wenn die Übernahme der Hypothek auf den Kaufpreis angerechnet wird, kann man weder eine Annahme an Erfüllung Statt noch erfüllungshalber auf den Kaufpreis annehmen. Sie stellt in der Regel die vom Veräußerer ursprünglich geschuldete Leistung selbst dar, d.h. eine Kaufpreisforderung auf Geldzahlung besteht nicht, Palandt-Heinrichs, § 364 Ab, RGZ 120, 166 (168); RGZ 121, 38 (41) BGH WM 1961, 505.

30) RG JW 32, 1043, st. Rspr.; Palandt-Heinrichs, § 415 Anm. 1 wenn der Veräußerer zugleich persönlicher Schuldner ist.

31) RGZ 128, 71.

gung, d.h., die Rechtsfolge beruht auch hier unmittelbar auf einem Rechtssatz, und nicht auf einem zurechenbaren Verhalten. Ein genereller Unterschied besteht aber zwischen dem Schweigen, das vom Gesetz als Ablehnung, und dem, das vom Gesetz als Zustimmung fingiert wird.

Zwar kann man das Fehlen des Erklärungsbewußtseins oder die Anfechtung wegen Inhaltsirrtums nicht mit der Begründung geltend machen, daß man sich über die Bedeutung des Schweigens geirrt habe,³²⁾ doch soll es im übrigen auf die Geschäftsfähigkeit des Schweigenden und etwaige Willensmängel ankommen³³⁾.

(2) Französische Lösung im Vergleich

zu § 416 I 2 BGB

In der französischen Rechtsordnung findet man demgegenüber keine Regelung, die die Besonderheiten des § 416 erfaßt. Man könnte nur mit Hilfe eines Vertrages zugunsten Dritter (Art. 1121 Code civil) die schon bei § 415 II 2 BGB erwähnte Lücke im französischen Recht ausfüllen, weil das Rechtsinstitut der Schuldübernahme unbekannt ist³⁴⁾. Ein Vertrag zugunsten Dritter hat aber nur zur Folge, daß der Erwerber

32) HM, s. Palandt-Heinrichs, 3c, cc vor § 116 u. Staud.-Coing Vorbem. 3 d vor § 116, weil die ganze Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung ihren Sinn verlieren würde, wenn der Schweigende auch noch anfechten könnte.

33) Die Differenzierung soll sich aus dem Schutzzweck der jeweiligen Norm ergeben, und man will die Anfechtung dann nicht zulassen, wenn das Gesetz die Willenserklärung fingiert, um überragende Interessen des Geschäftsgenossers zu schützen. Auch wird daran angeknüpft, daß dem Schweigen in der Regel ein bestimmter Willensentschluß zugrundeliegt. (Mot. II, 186 zu § 496), d.h., der Schweigende wird so behandelt, als ob er die Erklärungswirkung gewollt habe (Hanau, AcP 165, 224). Aus diesem Grunde könnte er auch alles vorbringen, was gegen die rechtliche Anerkennung dieses Willens spricht, vgl. aber auch Canaris, Festschrift Wilburg 1975, S. 77 ff.

34) Fußnoten 27, 28.

des belasteten Grundstücks der Schuld beitreten kann.

Ferner könnte der Veräußerer durch eine "délégation parfaite"³⁵⁾ eine schuldbefreiende Novation herbeiführen, die aber nur eine neue Schuld begründet und die Einwendungen des alten dem neuen Schuldner, gegenüber dem Gläubiger, nicht einräumt. Eine befreiende Übernahme der persönlichen Schuld, wie es das deutsche Recht gem. § 416 I BGB zuläßt, kann somit nicht durch Stillschweigen des Gläubigers erreicht werden³⁶⁾.

b) § 496 BGB

(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses

Ähnlich wie im deutschen Recht gem. § 495, läßt Art. 1584 I Code civil ausdrücklich die Vereinbarung aufschiebender oder auflösender Bedingungen beim Kauf zu. Wenn die Ware dem Käufer "gefällt", dann tritt die aufschiebende Bedingung ein und der Vertrag wird wirksam, Art. 1588 Code civil.

Nach deutschem Recht ist die Wirksamkeit der Vertragspflichten von der einseitig zu erklärenden freien Billigung der Kaufsache durch den Käufer abhängig, die innerhalb einer Überlegungsfrist erfolgen soll.

Es handelt sich um einen schwebend unwirksamen Vertrag, der zwar rechtsgeschäftlich vollendet ist, jedoch in seiner Wirkung von der im Zweifel aufschiebenden Bedingung der Billigung abhängt, § 495 I 2, BGB.

35) Siehe dazu Ferid, § 34 2 E 167.

36) Ferid, § 34 2 E 173.

Diese Überlegungsfrist kann gem. § 496, S.1 BGB vertraglich begrenzt werden. Um nach Fristablauf den Zustand der Unsicherheit für den Verkäufer zu beseitigen, besteht nun für den Verkäufer die Möglichkeit, vertraglich festzulegen, ob mangels Erklärung der Kauf perfekt sein soll oder er in seinen Handlungen frei wird.

Das "Belieben" zugunsten des Käufers wird somit durch das "Schweigen als Billigung" zugunsten des Verkäufers ausgeglichen. War der Käufer im Besitz der Sache, so gilt diese Auslegung kraft gesetzlicher Fiktion, § 496,2³⁷⁾.

(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 496 BGB

Eine solche Würdigung der Interessen des Verkäufers findet man nicht im Code civil.³⁸⁾ so daß hier nur die deutsche Rechtsordnung dem Verkäufer das Gefühl der Sicherheit nach Fristablauf gibt. Das Aufstellen einer Frist ist zwar auch im französischen Recht indirekt zu finden, weil der Käufer sich nicht sofort zu entscheiden braucht, ob ihm die Ware gefällt oder nicht, doch der Unsicherheit des Verkäufers wird nicht Rechnung getragen.

cc) § 516 BGB

(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses

Im Bereich der Schenkung (§§ 516 ff BGB) besteht für denjenigen, der ohne seinen Willen eine Zuwendung erhalten hat (z.B. Bezahlung der Schuld eines anderen), die Möglichkeit, diese Zuwendung abzulehnen. Denn eine ohne Willen

37) In den Motiven und Protokollen zu § 496 heißt es, daß das Schweigen das "Präjudiz" der Zustimmung auslöse, Motive., Materialien z.BGB II 80 u.186, Prot.Mat. z. BGB II, 593.

38) Rieg, a.a.O., S. 45 Nr.36.

des Beschenkten vollzogene Zuwendung ist als Angebot einer Schenkung zu betrachten, an das der Zuwendende bis zur Annahme oder Ablehnung gebunden ist³⁹⁾.

Um den hierdurch entstehenden Schwebezustand abzukürzen, kann der Schenkende dem anderen eine Frist setzen, in der sich der andere über eine eventuelle Annahme erklären muß⁴⁰⁾.

Unterläßt er es, dann "gilt"⁴¹⁾ sein Schweigen als Annahme, § 516 II S. 2⁴²⁾.

Auch hier spielt der Gedanke des Gesetzgebers eine Rolle, das Zustandekommen des Vertrags nach einer bestimmten Zeit entweder zu festigen, oder zu beseitigen. Der Schenkende soll nach Fristablauf die Gewißheit haben, daß trotz fehlender Erklärung die Schenkung angenommen wurde⁴³⁾. Andernfalls müßte der Empfänger das Angebot vorher ablehnen⁴⁴⁾.

(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 516 II BGB

Obwohl die Handschenkung (don manuel) nicht im Code civil geregelt ist, kennt das französische Recht dieses Rechtsinstitut. Zu ihrem Zustandekommen ist außer der

39) Schenkung wird vom BGB als ein Vertragsverhältnis aufgefaßt. Voraussetzung ist außer der Zuwendung eine Willenseinigung über die Unentgeltlichkeit.

40) Dafür bestehen keine besonderen Vorschriften.

41) Es liegt auch hier eine fingierte Willenserklärung vor.

42) § 516 behandelt aber nur die sofort vollzogene Schenkung (Handschenkung), die formlos gültig ist, s. § 518 BGB.

43) Keine Anwendbarkeit auch auf gemischte Schenkungen und auf Auflageschenkungen, § 525 BGB.

44) Anspruch des Zuwendenden nach § 812 BGB, weil dann eine ungerechtfertigte Zuwendung vorliegt, RGZ 111, 151.

formlosen⁴⁵⁾ Willenseinigung der Parteien noch die Übergabe⁴⁶⁾ der Schenksache (tradition) erforderlich"⁴⁷⁾.

Doch eine entsprechende Regel wie die des § 516 II BGB findet man nicht, nach der ein Schweigen als Annahme gilt.

Sie kann auch gar nicht im französischen Recht existieren, weil schon ein einseitiges Schenkungsversprechen gem.

Art. 932 I Code civil unverbindlich ist. Die Erklärung des Schenkers kann somit nicht - im Gegensatz zum deutschen Recht - als eine Vertragsofferte angesehen werden, sondern lediglich als Schaffung der Voraussetzung für die Schenkungsannahme⁴⁸⁾.

Selbst wenn man die Erklärung des Schenkenden als Vertragsofferte werten würde, könnte die Situation eines französischen Schenkers nicht mit der eines deutschen gleichgesetzt werden. Denn die Schenkung als Vertrag⁴⁹⁾ unterliegt den allgemeinen Vorschriften über die Rechtsgeschäftslehre. Damit fände die grundsätzliche Regel Anwendung, daß der Schenker bis zur Mitteilung der Annahme frei widerrufen könnte.⁵⁰⁾

Der deutsche Schenker ist demgegenüber bis zur Annahme gebunden, was zu einem Schwebezustand für den Anbieten- den bis zur Annahme durch den Beschenkten führt.

45) Der Code civil legt das Schwergewicht entscheidend auf die formellen Erfordernisse, so daß die materiell-rechtliche Lage hierdurch entscheidend beeinflußt und nicht ohne die formelle Gestaltung verstanden werden kann. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist nicht das noch nicht erfüllte Schenkungsversprechen (518), sondern der Schenkungsvertrag als solcher formbedürftig. Von entscheidender Bedeutung ist auch, daß nicht nur die Erklärung des Schenkers, sondern auch die Annahmeerklärung des Beschenkten formbedürftig ist.

46) Ferid, Bd. 1, § 42 2 F 500, Fu.34

47) Ferid, Bd.1, § 42 2 F 500.

48) Dekkers, Précis de Dr.c.Belge, III, Nr.876.

49) Die Schenkung ist ein Vertrag, wenn auch in der Definition des Art.894 Code civil nur von einem "Rechtsgeschäft" gesprochen wird, s.Ferid, Bd.1, § 41 2 F 435, Fu.9

50) Man muß auch bedenken, daß eine Schenkung ausdrücklich angenommen werden muß Art.932 Code civil. Ein Schweigen reicht somit nicht aus!

Um eine vorzeitige Beendigung dieses Zustandes zu erreichen, wurde dem Schenker vom Gesetz die Möglichkeit des § 516 II BGB gegeben. Eine solche Unsicherheit bei der Schenkung entsteht also im französischen Recht nicht, so daß auch nicht das Bedürfnis vorhanden ist, dem Schenker eine Sicherheit zu geben⁵¹⁾.

c) Sonstige Vorschriften (§§ 568 BGB, 625 BGB, 362 HGB, 663 BGB und 151 BGB)

aa) § 568 BGB, 625 BGB

(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses

Nach § 568 BGB⁵²⁾ gilt bei Fortsetzung des Gebrauchs der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses das Mietverhältnis als verlängert, wenn nicht eine der Vertragsparteien ihren entgegenstehenden Willen binnen zwei Wochen erklärt⁵³⁾.

Auch im Dienstvertragsrecht gibt es eine dementsprechende Vorschrift, § 625 BGB. Danach gilt das Dienstverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn es nach Ablauf der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teils fortgesetzt wird, sofern nicht der Dienstberechtigte unverzüglich widerspricht⁵⁴⁾.

51) Zur Begründung, warum die Erklärung des Schenkers nicht als Vertragsofferte angesehen wird, s. Ferid, Bd. 1, § 42 II F 499.

52) Die Vorschrift geht auf die "relocatio tacita" des röm. Rechts zurück, s. Ulpian, D. 19,2, 13, 11 und 14, vgl. Kaser, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. (1971), S. 568 mit Anm. 52. Im gemeinen Recht war str., ob sich das Vertragsverhältnis fortsetze (Puchta, Pand., 7. Aufl., 1853, § 369), oder ob ein neuer Vertrag zustandekomme (Windscheid-Kipp, Lb. d. Pand. R. 9. Aufl. (1906) § 402), wenn der Mieter ohne Widerspruch des Vermieters den Gebrauch fortsetzte, s.a. Mot. II, 414.

53) Gilt auch über § 581 II für die Pacht.

54) Auch ein befristetes Probearbeitsverhältnis kann nach § 625 in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übergehen, s. BB LAG Düsseldorf, 1966, 741, Palandt-Putzo, Anm. zu § 625.

(2) Französische Lösung im Vergleich zu den §§ 568, 625 BGB,

Das französische Recht besitzt für das Mietrecht und das Pachtrecht ähnliche Vorschriften in den Art. 1738 und 1759 Code civil.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, das darin eine gesetzliche Fiktion sieht, spricht man von einer "acceptation tacite"⁵⁵⁾, d.h., die Annahme braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, aber eine in Richtung auf den Vertragsabschluß liegende Handlung muß vorgenommen worden sein, die bei der Miete in der Fortsetzung des Besitzes als Mietsache liegt⁵⁶⁾.

Im Dienstvertragsrecht⁵⁷⁾ gibt es zwar keine dem § 625 BGB entsprechende Vorschrift, doch hat sich in der Praxis die gleiche Rechtsregel entwickelt. Danach ist bei Fristablauf des Dienstverhältnisses eine stillschweigende Erneuerung des Vertrages durch Fortsetzung der Beschäftigung in beiderseitigem Einverständnis möglich. Der Arbeitsvertrag kommt wie im deutschen Recht auf unbestimmte Zeit zustande⁵⁸⁾.

55) Ferid, § 13 I E 100.

56) Capitant, Introduction, 4. Aufl., S. 300, Bonnecase, Précis II, S. 272.

57) Der Code civil widmet der Materie des Dienstvertragsrechts nur zwei Art., Art. 1780, 1781, wobei letzterer schon seit 1880 abgeschafft worden ist. Zum Verhältnis Dienstvertrag - Arbeitsvertrag, s. bes. Ferid, § 47 II H 2 f und Fn. 11.

58) Ferid, § 47 II H 20.

bb) §§ 362 HGB, 663 BGB⁵⁹⁾

(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses

Weil die §§ 362 HGB, 663 BGB⁶⁰⁾ ihrem Inhalt und Zweck nach sehr ähnliche Tatbestände sind, sollen sie zusammen behandelt werden, obwohl sie sich in Hinsicht auf den Normadressaten wie auf die Rechtsfolgen unterscheiden.

Der in § 663 BGB vorausgesetzten öffentlichen Bestellung⁶¹⁾, oder dem öffentlichen Erbieten⁶²⁾ kann man den kaufmännischen Gewerbebetrieb in § 362 HGB insofern gleichsetzen, als er aus seiner wirtschaftlichen Funktion heraus auch den Kontakt mit der Öffentlichkeit sucht. Der Kaufmann wendet sich mit seinem Betrieb an die Öffentlichkeit, ohne sich allerdings schon konkret zur Besorgung von Geschäften gegenüber jedermann zu erbieuten, wie es § 663 BGB verlangt. Daher setzt § 362 HGB zusätzlich eine bestehende Geschäftsverbindung voraus.

Erhält nun der öffentlich Bestellte oder der sich Erbieutende bzw. der Kaufmann, einen ihm zugehenden Antrag, dann ist er verpflichtet, den Antrag sofort abzulehnen, wenn er ihn nicht annehmen will. Denn die §§ 362 HGB, 663 BGB schützen

- 59) Die §§ 75h, 91a HGB entsprechen der Regelung des § 177 II BGB, doch gilt die Rechtsfolge des § 177 II BGB als unangemessen gegenüber den Kunden, die der Unternehmer zur Verhandlung mit seinem Vertreter einlud und die auf die von diesem behauptete Vollmacht vertrauten. Deshalb "gilt" der Abschluß nicht als verweigert, sondern als genehmigt.
Für französisches Recht gilt das gleiche wie zu § 177 II, s.o.S.77.
- 60) Über das Verhältnis der beiden Paragraphen untereinander, s.Hanau, AcP 162, 244, Fabricius, JuS 1966, S.52, z.Frage der Anfechtung der Erklärungswirkung gem.§ 362 HGB, s.besonders Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933, S.127 ff, 134, der dem Schweigen die Bedeutung einer Annahmeerklärung "kraft schlüssigen Verhaltens" beilegt, s.die Kritik dazu von Fabricius, JuS 1966, 52.
- 61) Bestellung im Wege der öffentlichen Erklärung, also nicht notwendig, daß eine öffentlich-rechtliche Stellung (Behörde), z.B.Gerichtsvollzieher oder Notar tätig wird.
- 62) Z.B.durch Schild am Haus, öffentl.Geschäftslokal oder Zeitungsanzeige. Das Sich-Erbieten ist Aufforderung zur Auftragserteilung, nicht schon Vertragsantrag (Bankier, Makler des BGB, Rechtsberater, Patentanwälte) s.
Palandt-Thomas, Anm.2 b zu § 663

das Vertrauen derjenigen, die aufgrund der öffentlichen Bestellung oder dem Erbieten bzw. der ständigen Geschäftsverbindung eine sofortige Antwort auf ihren Antrag erwarten.

Wird der Antragsempfänger nicht unverzüglich tätig, so greifen die im Gesetz normierten Folgen ohne Rücksicht auf seinen Willen ein. Zwar begründet grundsätzlich ein Antrag auf Geschäftsbesorgung weder die Pflicht zur Ablehnung noch zur Annahme, es besteht also insbesondere kein Kontrahierungszwang. Jedoch gilt speziell für den Kaufmann auf Grund bestehender Geschäftsverbindungen oder wenn er sich zur Geschäftsbesorgung gegenüber dem Antragenden erboten hat, etwas anderes⁶³⁾. Die nicht unverzügliche Annahme (Schweigen) auf einen Besorgungsantrag "gilt" kraft Fiktion als Annahme (§ 362, HGB⁶⁴⁾.

§ 663 geht aber nicht soweit, daß ein Unterlassen der Anzeige als Annahme bewertet wird, obwohl er mit den durch ihn geregelten Sonderfällen die Pflicht zur unverzüglichen Erklärung der Ablehnung begründet.

Rechtsfolge einer schuldhaft unterlassenen Anzeige ist eine "von selbst" anknüpfende "Schadenersatzpflicht",⁶⁵⁾ allerdings nicht Ersatz des Erfüllungsschadens, wie in § 362 HGB, sondern des Vertrauensschadens.⁶⁶⁾

63) s. Palandt-Thomas, Anm. 1 zu § 663.

64) Denkschrift zum Entwurf eines HGB; 1897, S. 202: "...so wird es im Handelsverkehr als selbstverständlich angesehen, daß er sich der Besorgung eines ihm aufgetragenen Geschäftes unterziehen will, wenn er nicht das Gegenteil erteilt." s. a. Bericht der XVIII. Kommission über den Entwurf eines HGB, Reichstags-Drucksache Nr. 362, 4. Session 1895, 1897, S. 115.

65) Mot. II, § 587, (S. 530).

66) RGZ 104, 265; § 663 BGB ist einer der gesetzlich geregelten Fälle der culpa in contrahendo, s. Palandt-Thomas, Anm. 2 zu § 663.

(2) Französische Lösung im Vergleich
zu den §§ 362 HGB, 663 BGB

Das französische Recht besitzt mit Art. 1985 Code civil eine Vorschrift, nach der ein "contrat de mandat" zustande kommt, sobald der Beauftragte den Auftrag ausführt. Es handelt sich um einen Fall der "acceptation tacite", die ebenso wie in Deutschland eine in Richtung auf den Vertrags-schluß ausführende Handlung verlangt. Diese Handlung drückt sich aus mit dem Beginn der Auftrags⁶⁷⁾erfüllung.

Diese Vorschrift spricht somit eine Vermutung für eine stillschweigende Übernahme aus, die die Rechtsprechung zu einer unwiderleglichen ausgebaut hat.

Speziell für diejenigen, die die Geschäftsbesorgung berufsmäßig für andere ausüben, kann das Schweigen die Annahme des Auftrags zur Folge haben⁶⁸⁾. Dabei wird der Kreis soweit gespannt, daß auch z.B. Ministerialbeamte darunter fallen⁶⁹⁾.

Während einige Autoren in dem Schweigen den "créateur d'obligation"⁷⁰⁾ sehen, kritisieren die anderen⁷¹⁾ an dieser Art der Interpretation, daß diese Autoren die Tatsache übersehen, daß der Vertrag kraft der "règle fondamentale" begründet wird, nach der die Verbindung einer

67) Popesco-Ramniceano: "intention ressort clairement de la situation dans laquelle il s'est placé", Rev.trim. droit civ., 1930, S. 999; Guillourad, Tr.d.cont., aleatoires et du mandat, 2.Aufl., 1894, Nr. 44-48, 197; nach deutschem Recht liegt, wenn der Beauftragte den Auftrag ausführt, § 151 BGB vor.

68) "Le notaire chargé d'un mandat qui garde le silence doit être considéré" comme l'ayant accepté", Cass. civ. 20.Nov. 1888, S. 1889.1.9.

69) "L'officier ministeriel qui chargé d'un mandat relevant de ses fonctions garde le silence doit être considéré comme l'ayant accepté." Rlan.-Rip. (Esmein)t.VI, S.121; Rodiere, Encyc. Dall. Rep. Dr. civ. s. "Mandat" Nr.87 f. Dies gilt auch für Architekten, Anwälte, Handelsvertreter.

70) Rodière, a.a.O., Nr.91 f, s.z.B. Rodière a.a.O., Nr.87.

71) Littmann, a.a.O., S. 149.

"acceptation précise et claire" mit einer "offre permanente" den Vertrag zustande bringt. Man würde aus diesem Grunde eine "silence", die die Existenz des Vertrages bestätigt, mit der "silence" verwechseln, die den Vertrag begründet, und dadurch die professionellen und dauerhaften Verpflichtungen der berufsmäßig Beauftragten übersehen.

Das französische Recht hat sich auch mit der Frage beschäftigt, ob man diese unwiderlegliche Vermutung auch auf diejenigen ausdehnen kann, die nicht berufsmäßig einen Auftrag übernehmen.

Doch findet man nur wenige Meinungen in der Lehre, die sich mit diesem Problem auseinandergesetzt haben.

Pardessus verlangt von jedem eine sofortige Verweigerung des Auftrags, wenn der vorgesehene Beauftragte den Auftrag nicht übernehmen will⁷²⁾.

Eine andere Auffassung ist dagegen vorsichtiger in ihrer Formulierung. Man könne nicht notwendigerweise eine "rétention de la procuration" einer Annahme gleichsetzen⁷³⁾.

Andere wieder ziehen die "coutume de faire des operations pour le compte du commettant" heran, um einen Vertrag durch das Schweigen entstehen zu lassen⁷⁴⁾.

72) Pardessus, Cours de droit commerce, t.II, Nr.557: celui à qui un pouvoir a été donné par lettre doit par la voie la plus prompte faire connaître son refus, que le silence gardé au-delà du temps nécessaire et usité pour répondre pourrait donner un juste sujet de supposer son acceptation et de le condamner à des dommages-intérêt.

73) Valéry, Contrat par correspondance, a.a.O., § 91: "La procuration envoyée à quelqu'un par la poste, la rétention de la procuration, n'équivaut pas nécessairement à une acceptation..."

74) Siehe Littmann, a.a.O., S. 149 f m.w.Nachw.

Eine klare Abgrenzung zwischen berufsmäßigen und nicht berufsmäßigen "mandataire ou commissionaire" wird aber nicht erreicht; es sieht vielmehr danach aus, daß die wenigen Autoren, die sich damit befaßt haben, beide Gruppen miteinbeziehen wollen. Doch jede noch so weite Auslegung kollidiert früher oder später mit der Grundregel, daß das "mandat" ein Vertrag sei, der nur durch den Willen der Parteien existieren kann.⁷⁵⁾

Aus diesem Grund wird von einer anderen Meinung die Auffassung vertreten, daß man nur dann bei der nichtberufsmäßigen Gruppe von einer Vertragsannahme durch Schweigen sprechen kann, wenn Umstände vorhanden sind, die "présomptions graves, précises et concordantes" für einen Annahmewillen begründen⁷⁶⁾.

Die hier aufgezeigten Ansichten stehen aber im Gegensatz zu der Mehrheit der französischen Lehre, die sich scheut, solche Vermutungen des Willens zuzulassen, was im Widerspruch zu der Tatsache steht, daß sie gerade bei der "silence-circonstancié" eine solche Vermutung durch die Rechtsprechung zuläßt (s.o.S.63 ff).

Das französische Recht unterscheidet somit nicht zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten⁷⁷⁾, wie es die §§ 362 HGB

75) Ionesco, Les effets juridiques de l'apparence en droit privé, Strasbourg, 1928, S. 68: "le mandat est un contrat consensuel qui ne peut exister que par la volonté des parties. Or, si la volonté de l'une d'elles n'existe plus ou est dépassée le mandat n'existe plus."

76) Littmann, a.a.O., S. 161 f.

77) Dies ist auch darauf zurückzuführen, daß das französische Recht mit seinem Code de commerce nicht die Kaufmannseigenschaft wie das deutsche Handelsrecht zum Prinzip erhoben hat. Das Handelsrecht wird vielmehr aufgefaßt als das Recht der einzelnen Handelsgeschäfte (actes de commerce), egal, ob der Handelnde Kaufmann ist oder nicht. Doch gerade beim Konkurs wird auf die Kaufmannseigenschaft abgestellt, s.zum Ganzen. Wahl, Begriff und Bedeutung der Handelsgeschäfte (actes de commerce) in Deutschland und Frankreich - Einführung in die Systemunterschiede des Handelsrechts in beiden Ländern, in: Berichte über das vierte gemeinsame Seminar der Juristischen Fakultäten von Montpellier und Heidelberg 22.Mai/3.Juni 1972 (1974).

663 BGB vorsehen⁷⁸⁾, sondern geht von der berufsmäßigen "mandataire" aus. Eine berufsmäßige Unterscheidung umfaßt aber auch die in § 663 BGB behandelten Sonderfälle (Anwälte, Notare etc.) und unterwirft sie in Frankreich einer strengeren Rechtsfolge, die in der deutschen Rechtsfolge nur für Kaufleute vorgesehen ist.

Wenn also einem Anwalt nachweislich Unterlagen zur Bearbeitung eines Falles zugegangen sind und er darauf schweigt, dann bedeutet sein Schweigen Annahme des Mandats, während er nach deutschem Recht nur zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet ist⁷⁹⁾.

c) § 151 BGB

(1) Deutsche Lösung des sozialen Bedürfnisses

Von den vorher untersuchten Vorschriften im deutschen Recht muß man § 151 BGB streng unterscheiden⁸⁰⁾. Denn diese Vorschrift spricht von der "Annahme des Antrags, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht."

§ 151 ist somit ein Tatbestand, in dem der Gesetzgeber darauf verzichtet, daß die Annahmeerklärung an den Antragenden gerichtet ist, und daß sie ihm zugeht.

Danach bringt somit nicht schon das Schweigen den Vertrag zustande, vielmehr bedarf es einer Annahmeerklärung. Doch im Gegensatz zu einer empfangsbedürftigen Annahme verzich-

78) Für Handelsmäkler, Spediteure u. Kommissionäre gilt der § 362 HGB, wenn die Vorausss. des Abs. I vorliegen. Fehlen sie, gilt § 663 BGB. Diese Berufsgruppen werden somit, im Gegensatz zu Frankreich, durch eine mildere Rechtsfolge begünstigt, wenn die Voraussetzung des Abs. I nicht gegeben sind.

79) Für deutsche Rechtsanwälte gilt die entsprechende Vorschrift des § 44 BRAO im deutschen Recht.

80) Diese Vorschrift soll deshalb geprüft werden, weil nach deutschem Recht bei nicht kodifizierten Fällen des Schweigens auf sie Bezug genommen wird, RGZ 103, 13, BGH NJW 1951, 313.

tet das Gesetz darauf, daß die Annahmeerklärung an den Antragenden gerichtet ist und daß sie ihm zugeht; d.h., man verzichtet auf die Empfangsbedürftigkeit der Erklärung⁸¹⁾.

Man streitet darüber, ob die Annahme ohne Erklärung eine Willenserklärung sei⁸²⁾, oder ob es sich dabei um etwas anderes, nämlich um ein Willensgeschäft⁸³⁾ handelt.

Einigkeit besteht aber dahingehend, daß der von den Annehmenden gefaßte Willensentschluß, der Rechtsfolgewille, sich im praktischen Leben in irgendwelchen Handlungen⁸⁴⁾ (Willensbetätigungen⁸⁵⁾), wenn auch ohne Kundgabezweck, niederschlagen müsse⁸⁶⁾.

Liegt ein solches Verhalten vor, dann kommt der Vertrag schon mit der Erklärung zustande, nicht erst mit ihrem Zugehen⁸⁷⁾.

Als weiteres Erfordernis verlangt § 151, daß die Abgabe einer Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden nicht zu erwarten sein muß, wobei unter Kaufleuten die Gepflogenheiten des Handelsverkehrs entscheiden⁸⁸⁾.

81) Staudinger-Coing, Anm. 1 zu § 151. Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 151

82) Enneccerus-Nipperdey, A.T. § 145 II A 3 (Willensbetätigung) als Unterart der Willenserklärung), H. Lange, A.T. § 36 V 2 c, Staudinger-Coing, Anm. 1 zu § 151.

83) Larenz, A.T. § 34 I; Flume, § 35 II 3.

84) h.M. vgl. RGZ 117, 314 s.a. Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 151

85) Dazu krit. Fabricius JuS 1966, 9

86) Dieses Verhalten wird von einigen Autoren, z.B. Larenz, als rein tatsächlicher Natur bewertet, während andere entsprechend dem Erklärungsbewußtsein ein Betätigungsbewußtsein im Hinblick auf eine Rechtsfolge verlangen, s. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., um damit den Charakter einer Willenserklärung unter Beweis zu stellen.

87) Es genügt auch eine Erklärung, die dem Gegner überhaupt nicht zur Kenntnis gelangt, RGZ 117, 314.

88) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 151.

Auch ist das Zugehen einer Annahmeerklärung an den Antragenden nicht nötig, wenn der Antragende auf sie verzichtet hat.

(2) Französische Lösung im Vergleich zu § 151 BGB

Eine solche Vorschrift, die ohne Zugang den Abschluß des Vertrages bewirkt, kennt das französische Recht nicht⁸⁹⁾.

§ 151 BGB will den Vertrag früher zustande kommen lassen,⁹⁰⁾ je nach Fallgruppen im Interesse des Antragenden oder des Antragempfängers, zum Teil auch um stärker den Einklang mit dem Gefahrübergang beim Kauf (§ 447 BGB) herzustellen. Um dieser Vorverlegung willen kommt der Vertrag zustande, ohne daß der Antragende hiervon Kenntnis zu haben braucht.

Das besagt aber nicht, daß das Problem in der französischen Rechtsordnung nicht gesehen wurde.

§ 151 BGB läßt eine Ausnahme von der sonst im deutschen Recht vorgesehenen Empfangsbedürftigkeit der Vertragsannahme zu. Während darüber im deutschen Recht Einigkeit besteht, streitet man sich im französischen Recht, ob zum Zustandekommen des Vertrages die Erklärung (déclaration), bzw. Absendung (émission) der Annahme genügt, oder ob der Zugang (réception) bzw. die Kenntnisnahme (perception) der Annahmeerklärung erforderlich ist.

Alle vier Meinungen werden vertreten⁹¹⁾. Die Rechtsprechung, der sich die herrschende Lehre angeschlossen hat, hat sich für keine der vier Theorien entschieden; sie sieht vielmehr

89) Rieg, a.a.O., S. 45, Nr. 36.

90) Larenz, A.T., § 34 I (S.511).

91) Plan.-Rip.-Boul., Tr. II, Nr. 353, Paris 1952, 2. Aufl., m.w.N.

darin eine Tatfrage, stellt also auf den Willen der Parteien im Einzelfall ab⁹²⁾.

Danach dürfte, wie grundsätzlich die Ausnahmenvorschrift des § 151 BGB bestätigt, in der Regel die Annahmeerklärung empfangsbedürftig sein,⁹³⁾ ausnahmsweise dagegen eine stillschweigende Annahme genügen, nämlich dann, wenn nach dem Parteiwillen oder nach den Umständen eine ausdrückliche Mitteilung der Annahme entbehrlich war⁹⁴⁾.

2. Art. 7 Abs. II des französischen Versicherungs- vertragsgesetzes vom 13.07.1930

Mit dem Art. 7 Abs. II hat der französische Gesetzgeber speziell im Versicherungsrecht eine Regel geschaffen, die ausdrücklich dem Schweigen die Bedeutung einer Vertragsannahme beimißt. Unterläßt es der Versicherer, auf einen eingeschriebenen Brief, der ein Angebot auf Verlängerung, Abänderung eines Vertrages oder Wiederauflebung eines ruhenden Vertrages zum Inhalt hat, innerhalb von 10 Tagen zu antworten, dann wird sein Schweigen "considérée comme acceptée la proposition"⁹⁶⁾.

Damit scheint eine gesetzliche Ausnahme von der grundsätzlichen Regel vorzulegen, die in dem Schweigen sonst eine Verweigerung der Annahme sieht⁹⁷⁾. Doch sieht es

92) Breton Encyc.Dalloz, Rép. Dr. civ. s."consentement Nr. 67 m.w.N.

93) Demogue, Obl. II, Nr. 572; Plan.-Rip.-Boul. Nr.331.354

94) Demogue, Obl. II, Nr. 554, 555, 578

95) Es gibt noch eine weitere gesetzliche Regel mit der Ordonnanz 67-838 vom 28.9.1967. Näheres dazu s.u.bei dem Problem der Rechnungen, s.S.

96) Picard u. Besson, Les assurances terrestres en droit français, t.I, Le contrat d'assurance, 2. Aufl.L.G.D.J. 1964.S. 91 § 59 f; Cass. civ. 5. Febr.1968, J.C.P.1968. II. 15496.

97) Besson: "Cette disposition constitue une exception au droit commun, car normalement le silence, parce qu'il est équivoque, ne vaut pas consentement", R.G.A.T. 1957, 357.

eher danach aus, daß diese Vorschrift das Prinzip der "silence-refus" noch bestätigt. Denn die Voraussetzungen wurden so eng gefaßt - wohl auch aus Furcht vor einer zu weiten Interpretation -, daß nur unter ganz bestimmten Bedingungen die Regel eingreift⁹⁸⁾.

Dies drückt sich besonders in Abs.3 aus, der darauf hinweist, daß Abs.2 nicht bei Lebensversicherungen Anwendung findet.

Es standen mehr die praktischen Bedürfnisse im Vordergrund, ein Gleichgewicht zwischen Versicherung und Versicherungsnehmer zu schaffen⁹⁹⁾. Manche Autoren versuchen diese gesetzliche Ausnahme einer anderen gleichzusetzen, die von der Rechtsprechung und Lehre unter dem Begriff "silence-circonstancié" geführt wird. Sie sehen in dem schon existierenden Versicherungsvertrag, der modifiziert werden soll, ein den "rapport d'affaires" entsprechendes Geschäftsverhältnis, das eine "silence-circonstancié" begründen kann¹⁰⁰⁾.

Doch die Mehrheit der Lehre sieht darin eine stillschweigende Annahme (acceptation tacite)¹⁰¹⁾.

98) Besson, a.a.O., S.358: "Il parait utile aujourd'hui de faire le point, et de rechercher la portée exacte de la disposition légale qui, il ne faut pas l'oublier, constitue une dérogation au droit commun, donc une mesure exeptionnelle d'interprétation restrictive".

99) Die Motive, die den Gesetzgeber bewogen haben, zielen auf ein Gleichgewicht ab. Besson, R.G.A.T., 1957,358: "L'assuré n'a généralement pas la faculté de s'adresser à un autre assureur. Il est équitable que l'assureur qui n'a pas fait connaître son refus d'accepter les modifications ou la remise en vigueur proposées, et ce à bref delai, soit considerée ayant accepté ces propositions."

100) Besson, R.G.A.T., 1957, S.357.

101) Rieg, a.a.O., S. 44, Nr. 35.

Art. 7 II findet aber nur dann zugunsten des Versicherungsnehmers Anwendung, wenn

- 1) ein noch bestehender ¹⁰²⁾ Versicherungsvertrag modifiziert werden soll.
- 2) Ferner muß es sich um ein Angebot handeln, das eine Veränderung, eine Abänderung des bestehenden Vertrages oder ein Wiederbeleben eines ruhenden Vertrages zum Inhalt hat. Dieses Angebot muß in der Form eines Einschreibebriefes erfolgen, damit man "exact" den Fristbeginn bestimmen kann und
- 3) muß ein Schweigen des Versicherers nach 10 Tagen gegeben sein.

Es bestand eine lebhaft Diskussion über die Art der Modifikation. Während früher die Meinung vertreten wurde, daß der Gesetzgeber nur an eine Veränderung der Versicherungssumme gedacht habe, ¹⁰³⁾ oder nur eine notwendige Veränderung über die Risikoverteilung in Erwägung gezogen habe ¹⁰⁴⁾, hat sich heute die Auffassung durchgesetzt, daß sich jede Modifikation auf Art. 7 II stützen könnte, wenn sie in sich geschlossen und klar ist. Denn eine in sich geschlossene Modifikation wecke nicht ohne weiteres den Widerspruch des Versicherers ¹⁰⁵⁾.

¹⁰²⁾ Dies wird ausdrücklich vom Gesetz gefordert, Picard u. Besson, a.a.O., S. 92, § 60, obwohl man bei Besson in R.G.A.T. 1957, S. 359 lesen kann, daß auch Art. 7 II angewendet wird, wenn der Vertrag schon aufgelöst ist: "D'une part, l'article 7 § 2 est applicable si le contrat d'assurance à déjà pris fin définitivement pour une cause quelconque, soit qu'il ait été résilié, soit que son terme soit arrivé à expiration." Der Autor beruft sich dabei auf eine Entscheidung d. Kassationshofs vom 22.2.1956, R.G.A.T. 1956 S. 136, nach der: "si le contrat à pris fin, la proposition de l'assuré en vue d'une nouvelle convention relève du droit commun de l'article 7, 1er."

¹⁰³⁾ S. die unterschiedliche Auff. von Besson in R.G.A.T., 1957, S. 356 f: "ce sont donc toutes les propositions", aber einige Jahre später mit Picard, a.a.O. ausführte: "il ne semble pas que les rédacteurs de l'article 7 II aient entendu donner au mot "modification" une portée absolue et générale."

¹⁰⁴⁾ Besson, a.a.O., S. 368, Fn. 23.

¹⁰⁵⁾ Besson, a.a.O., S. 370, "si elle est susceptible d'être acceptée par simple affirmation de l'assureur."

Doch diese etwas allgemein gehaltene Ansicht vermag auch nicht die Grenzen für eine Anwendung des Art. 7 II abzu- stecken. Gerade bei der Risikoverteilung kann man keinen Unterschied zwischen einem erweiterten alten Risiko und einem völlig neuen Risiko finden, was die Anwendung des Art. 7 II ausschließen würde. Die Gerichte haben es nach einigen vergeblichen Versuchen aufgegeben, eine klare Trennung zwischen altem und neuem Risiko zu finden. Der Cour d'appel von Nîmes¹⁰⁶⁾ verwarf noch am 12. Juni 1957 die Anwendung des Art. 7 II, als ein Versicherungsnehmer seinen Anhänger in die einfache Automobilversicherung mit einbeziehen wollte, und die Versicherung auf diesen Änderungs-vorschlag geschwiegen hatte.

Der Cour d'appel begründete seine Entscheidung damit, daß Art. 7 II einzig und allein die Annahme einer einfachen Risikoveränderung vorsieht, d.h., eine Risikoveränderung eines bereits versicherten Risikos. Art. 7 II könnte nicht dahingehend ausgelegt werden, daß darunter auch völlig neue, selbständige Risiken fallen könnten¹⁰⁷⁾.

Diese Auffassung wurde heftig kritisiert¹⁰⁸⁾, denn die Cour de cassation hatte schon in ihrer Entscheidung vom 18. Okt. 1954 klar und deutlich aufgezeigt, daß "la généralité des termes de l'article 7, lequel est d'ordre public, interdit d'introduire des distinctions entre les diverses modifications possibles du contrat."¹⁰⁹⁾

106) Cour d'appel Nîmes, 12.5.1957, R.G.A.T.1957, S.290, Anm. v. Besson.

107) Cour d'appel Nîmes: "que ce texte vise uniquement l'hypothèse d'une simple modification du risque déjà assuré et ne saurait être étendu à celle de la création d'un risque entièrement distinct et nouveau."

108) Besson, a.a.O., (Anm. zur Entscheidung des Cour d'appel): "Ce motif est-il bien exact? D'abord on ne peut pas dire, qu'il s'agisse en l'espèce d'un risque entièrement distinct, puisque la proposition portait sur l'adjonction d'une remarque à la voiture assurée et que c'est toujours le risque de circulation de ladite voiture, désormais augmente d'une remorque dont il est question."

109) Cour de cassation, 18. Okt. 1954, R.G.A.T. 1954, S. 389.

Der Kassationshof hatte dabei folgenden Fall zu entscheiden:

Ein Kaufmann hatte bei einer Versicherung ein Warendepot gegen Diebstahl versichern lassen, dessen Ort deutlich in der Versicherungspolice vermerkt war. Nach einiger Zeit verlegte er das Warendepot an einen anderen Ort und zeigte dies der Versicherung an, die darauf nicht antwortete. Die Waren wurden gestohlen, und die Versicherung weigerte sich zu zahlen, weil das neue Warendepot nicht in die Versicherungspolice aufgenommen war.

Gegen die Anwendung des Art. 7 II wandte sich die Versicherung mit der Behauptung, daß es sich bei dem Warendepotwechsel nicht um eine einfache Vertragsklauseländerung handeln würde, sondern um eine den Umfang und Natur des Risikos beeinflussende Modifikation.

Die Cour de cassation schloß sich dieser Meinung nicht an und verwarf das Rechtsmittel der Versicherung, indem sie erklärte, daß der Art. 7 II zum ordre public gehöre und mit allgemeinen Begriffen abgefaßt sei. Auch habe der Vorschlag an die Versicherung ausgereicht, weil darin besonders darauf hingewiesen sei, daß im neuen Lager, wie in der Versicherungspolice vertragsmäßig festgesetzt, ein Wächter vorhanden gewesen sei¹¹⁰⁾.

Bezüglich der Form des Antrags gibt der Gesetzgeber einen klaren Begriff mit dem Einschreibebrief (lettre recommandée). In einer Ausnahmeentscheidung wollte der Kassationshof sogar andere Mitteilungsmöglichkeiten zulassen, was aber zu Kritik geführt hatte¹¹¹⁾.

¹¹⁰⁾ Cour de cassation: "que la proposition adressée à la Compagnie est suffisante puisque elle précisait notamment que les magasins étaient munis d'un détectif comme stipulé par la police." in R.G.A.T. 1954, p. 389. Dieser Entscheidung sind in ihrem Sinn viele nachgefolgt, teilweise um die Dauer des Vertrages zu erweitern. Cass. civil 26.6.1961, D. 1962, 585., teilweise um den Vertrag aufzulösen, s. dazu bes. Cass. civ. 5.2.1968, J.C.P. 1968.II.15496.

¹¹¹⁾ Besson, R.G.A.T., 1957, S. 362, derselbe R.G.A.T., 1962, S. 172.

Zu dem in Gesetz vorgesehenen Schweigen, das einer Annahme gleichgesetzt wird, verlangen Lehre und Rechtsprechung, daß dieses Schweigen "absolu" oder "total" sein müßte. So wurde z.B. ein Schweigen auf einen Änderungswunsch für eine Feuerversicherung nicht ohne weiteres als "consentement" interpretiert, weil nach Ansicht des Untergerichts der Änderungswunsch nur unter Prüfung aller dafür notwendigen Umstände hätte akzeptiert werden können. Das Schweigen der Versicherung konnte also nicht klar und deutlich für eine Annahme sprechen, weil noch viele Fragen ungeklärt geblieben waren. Aus diesem Grunde kam dem Schweigen eher die Bedeutung einer Ablehnung als einer Zustimmung zu.

Die Cour de cassation billigte diese¹¹²⁾ Auslegung, hielt aber grundsätzlich daran fest, daß eine "silence absolu" einer Annahme gleichgesetzt werden müsse. Dies sei im vorliegenden Fall nicht so gewesen.

Die Rechtsprechung zeigt somit, daß Art. 7 II nur unter ganz engen Voraussetzungen zur Anwendung kommt, wobei die Grenzen zwar nicht deutlich, aber sichtbar abgesteckt sind. Die vorhandenen Entscheidungen geben den Gerichten zwar eine Grundlage, doch wird auch hier - wie so oft - von Fall zu Fall entschieden werden müssen, ob das Schweigen auf jeden Änderungswunsch als Annahme gelten kann.

Eine solche Vorschrift existiert nicht im deutschen Versicherungsrecht, die so in die Vertragsgestaltungsfreiheit

112) Cass. civ. 4. März 1957 R.G.A.T. 1957, S. 152 mit Anm. Besson, der zustimmend ausführte, daß ein Schweigen als Annahme einer Ablehnung gleichkomme, das noch von ungeklärten Punkten abhinge, bevor es einer Annahme gleichgesetzt werden könne, und "le jeu de l'article 7" nicht erlaubt sei.

der Versicherung eingreift. Die rechtspolitischen Ziele, die einen Ausgleich für das wirtschaftliche Übergewicht der Versicherung schaffen wollen, haben ihre Berechtigung auch im deutschen Recht. Doch neigt man in der Rechtsprechung eher dazu, das Schweigen einer Versicherung im Rahmen des § 151 BGB nicht als Zustimmung zu werten, weil eine dafür notwendige "Verkehrssitte" nicht bestünde, nach der eine Erklärung der Versicherung nicht zu erwarten sei¹¹³⁾.

113) BGH NJW 1951, 313.

II. Die nicht ausdrücklich geregelten Fälle

1. Beispiele aus dem deutschen Recht

a) Schweigen auf die Zustellung unbestellter Waren

aa) Deutsche Lösung

Im täglichen Leben kommt es oft vor, daß durch die Post oder durch private Austräger Sendungen zugestellt werden, die vom Empfänger gar nicht bestellt wurden.

Diese Sendungen sind meist verbunden mit der Aufforderung, innerhalb einer bestimmten Frist zu antworten. Ist dies nicht der Fall, dann soll z.B. das Abonnement einer Zeitung zu laufen beginnen. Der Adressat dieser Aufforderung soll also durch seine Nachlässigkeit verpflichtet werden, die offerierte Sendung anzunehmen.

In Deutschland gilt das reine Schweigen auf ein solches Angebot grundsätzlich nicht als Annahme¹⁾.

In der Zusendung unbestellter Waren sieht die deutsche Rechtsprechung und Lehre ein Vertrags- und Übereignungsangebot, für das den Empfänger keine Ablehnungspflicht trifft²⁾.

1) Etwas anderes könnte sich ergeben, wenn auf Veranlassung eines Verlages eines Tages der Briefträger beim Empfänger, der ein Probeheft erhalten hat, erscheint, um Bezugsgeld zu kassieren, auch wenn keine Bestellung aufgegeben worden ist. Die Rechtsgrundlage bieten dafür die Ausführungsbestimmungen zur Post-Zeitungsordnung, spez. § 27 III., (vgl. Amtsbl. d.BuMin. für das Post- und Fernmeldewesen 1963, 928), denn in seinem Schweigen auf die unverlangte Zusendung nach zwei Benachrichtigungen wird keine Ablehnung gesehen, wobei man sich auf einen angeblichen Handelsbrauch beruft, s. zu diesem Problemkreis besonders Wessel, BB 66, 434, der weitere Beispiele für die Werbemethoden anführt, vgl. auch BGH BB 1960, 644; 1965, 761; 1959, 252.

2) RG LZ 1919, 966; auch bei Kaufleuten gilt grundsätzlich nichts anderes, aber vgl. § 362 HGB - bei längerer Geschäftsverbindung - mit anderen Kaufleuten könnte sich etwas anderes ergeben, BGH LM § 157 Nr.4 G b.

Dies ist auch dann der Fall, wenn der Zusendende erklärt, der Vertrag gelte als geschlossen, wenn nicht die Ablehnung oder Rücksendung innerhalb einer bestimmten Frist erfolge³⁾.

Da es bei bloßer Passivität des Empfängers überhaupt an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung fehlt, stehen dem Versender auch sonstige vertragliche Ansprüche nicht zu. Der Empfänger ist insbesondere nicht zur Rücksendung verpflichtet, selbst dann nicht, wenn Rückporto beigefügt, oder wenn die Rücksendung unfrei erbeten worden ist⁴⁾.

bb) Französische Lösung

Das Tribunal de police von Paris hatte am 30. November 1966 zu diesem Problembereich folgenden Fall zu entscheiden⁵⁾, der einen guten Einblick in die Art und Weise, wie die französische Rechtsordnung dieses soziale Bedürfnis löst, gibt.

Ein Verlag verschickte ein Rundschreiben, indem er den Adressaten anbot, ein Zeitungsabonnement zu unterschreiben. Gleichzeitig kündigte er an, daß bei Verstreichen einer 10-tägigen Frist die Post den Auftrag hätte, die Unterschriften herbeizuführen und die Art und Weise des Abonnements zu regeln. Das Rundschreiben enthielt noch den weiteren Zusatz, daß es nicht die Absicht des Verlages sei, eine gewisse Anzahl von Zeitschriften im Rundschreiben festzulegen, die später kostenlos dem Adressaten zugehen sollten.

Das Tribunal prüfte, ob mit diesem "Angebot" ein Verstoß gegen Art. R 40 § 12 Code pénale vorliegen könnte.

-
- 3) Staudinger-Coing, Anm. 8 zu § 146, in RGRK, Krüger-Nieland Anm. 3 zu § 146, Erman-Hefermehl, Anm. 4 zu § 147
- 4) Auch kommt weder durch die Zusendung noch durch die Besitzerlangung ein unentgeltlicher Verwahrungsvertrag zustande, hM s. Staudinger-Coing, Anm. 8 zu § 146, m.w.N., a.A. s. Palandt-Degenhart, Anm. 1 c vor §§ 987 ff.
- 5) Trib.Pol. Paris, 30.11.1966, J.C.P. 1967. 15146.

Dieser Artikel hat drei Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, damit die Rechtsfolgen eingreifen können.

- 1) Es muß sich um eine Sendung eines "objet" handeln, ohne vorherige Aufforderung des Adressaten.
- 2) Ein Hinweis muß vorhanden sein, daß der Adressat die Wahl habe, entweder das "objet" zu behalten, indem er den Preis dafür zahlt, oder es an den Absender zurückzusenden, und
- 3) muß der Adressat das "objet" wirklich erhalten haben⁶⁾.

Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen kam das Tribunal zu dem Schluß, daß es im vorliegenden Fall besonders an der Sendung eines "objet" fehlen würde. Ein solches "objet" müßte schon vor dem Versuch des Verlags, eine Einigung mit dem Adressaten zu erzwingen, dem Empfänger zugegangen sein⁷⁾. Der Verlag habe in seinem Hinweis ausdrücklich auf eine Zusendung von Zeitschriften verzichtet und nur auf eine zukünftige Regelung verwiesen. Aus diesem Grunde käme Art. R. 40 § 12 Code pénale nicht zur Anwendung⁸⁾.

Mit dieser Entscheidung wurde zwar der Bereich des Zivilrechts verlassen, doch zeigt eine solche Rechtsauffassung in Frankreich, daß der sog. "erzwungene Kauf" (vente forcée) sogar strafrechtlich verfolgt wird, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen.

6) J.O. 11.2.1961, J.C.P. 1961. III. 26576, s. J. cl. pénal, Art. R. 40, § 12 - J. cl. commercial-Annexes, s. Ventes commerciales Fasc. XXXIX u. sein Kommentar: "Le principe suivant lequelle silence ne vaut pas consentement reçoit sa consécration avec le décret du 9.2.1961 interdisant le système de vente dit "envoi forcé".

7) Tribunal de police de Paris: so Fn. 5 "...L'introduction... n'est pas réuni, notamment l'élément essentiel: l'envoi d'un objet avant la sollicitation tendant à forcer le consentement du destinataire à le conserver contre paiement."

8) Für den Fall, daß sie vorgelegen hätten, sieht das Gesetz eine Freiheitsstrafe von 10 Tagen bis zu einem Monat und eine Geldstrafe von 400.-FF bis 1000 FF vor.

Die Ursachen einer solchen Gesetzgebung liegen im Zivilrecht⁹⁾. Selten hat eine derartige Werbemethode ein solches Beharrungsvermögen¹⁰⁾ gezeigt, wie die Zusendung unbestellter Waren. Schon eine Entscheidung aus dem Jahre 1881¹¹⁾ hat dem Schweigen des Adressaten keine Bedeutung beigemessen, der auf einen Brief und auf Warenproben nicht geantwortet hat, selbst dann nicht, wenn der Anbietende sich der Bedeutung seines Schweigens als Vertragsannahme bewußt gewesen wäre. Diese Einstellung in der französischen Rechtsprechung wurde bis heute beibehalten¹²⁾.

Das Schweigen auf einen Brief oder auf zugesandte Ware gilt nicht als Annahme. Auch könnte der Adressat nicht aufgrund einer "mise en demeure de contracter"¹³⁾ verpflichtet wer-

- 9) Auch bei der Kundenwerbung an der Haustür (démarchage à domicile) hat der Gesetzgeber eingegriffen, indem er z.B. Gerichtsstandsklauseln verboten hat, Gesetz Nr.721137 vom 23. Dez. 1972, J.O. 23. Dez. 1972, S. 13348, Art.4.
- 10) Das deutsche Schrifttum dazu geht zurück bis zum Jahre 1901, vgl. Staudinger-Riezler, Komm. zum BGB, 9. Aufl. - 1925, I. Band, § 146 Anm.5.
- 11) Toulouse, 11.6.1881, D.P. 1882.2.206, s.z.B. Cass. civ. 11. Mai 1959, Bull. 1959. I. 197.
- 12) In der langen Reihe der Entscheidungen gibt es auch solche, die lebhaftere Kritik der Lehre ausgelöst haben. Nachdem ein Kunde 6 Jahre lang eine Zeitung erhalten hatte, ohne sie jemals angefordert zu haben und sich auch nicht geweigert hatte, zu zahlen, erkannte das Tribunal de paix de Mollins, s. Vidance vom 5.7.1883, S. 1884.2.190, den Vertrag als nicht geschlossen an. Gegenteiler Auffassung waren die Trib. paix von Rosière, (10.1.1883, S. 1884.2.190) und von Compiègne (16.8.1895., D.1896.2.389), die sich zu Recht auf die "actio de in rem verso" berufen haben und darin eine "acceptation tacite" sahen.
- 13) Wörtlich: durch Invollzugsetzung sich vertraglich binden.

den, die zugesandten Waren zu bezahlen¹⁴⁾.

Das französische Recht sorgt für einen stärkeren Schutz des Empfängers unbestellter Waren, indem es generell, sogar über längere Dauer, dem Schweigen des Adressaten die Bedeutung einer Ablehnung beimißt. Ausnahmen wurden nur von einigen Gerichten im Hinblick auf den Fall gemacht, daß der Empfänger die Ware über eine lange Zeit hinweg bekommen hat, ohne eine Reaktion zu zeigen¹⁵⁾. Weiter kann sich der französische Adressat in Frankreich auf ein Strafgesetz berufen, das solche Fälle der "envoi forcé" strafrechtlich verfolgt.

Das deutsche Recht stimmt zwar zivilrechtlich grundsätzlich mit der französischen Lösung überein, indem es das reine Schweigen auf die Zusendung unbestellter Waren auch als Ablehnung ansieht, doch werden hierfür eher Ausnahmen zugelassen, die sich auf Handelsbräuche und ständige Geschäftsverbindung stützen können.

14) Unter solchen Umständen könnte ein passives Verhalten nicht verpflichten: "attendu qu'il ne saurait dépendre du premier venu de lier un tiers par l'envoi spontané de marchandises ou d'échantillons, et de lui imposer ainsi l'obligation de réexpédier ou d'écrire pour notifier son refus sans peine d'être lié par un marché dont l'expéditeur aurait pris l'initiative et fixé seul les conditions."
Toulouse, 11.6.1881, S. 1883.2.8. - 16.2.1904, Gaz. trib. 1904.1er sem. II. 327.

15) Siehe Fußnote 8.

b) Schweigen auf eine modifizierte Annahme

aa) Deutsche Lösung

Die Annahme eines Vertragsangebotes erfolgt in der Regel durch eine an den Anbietenden gerichtete, also empfangsbedürftige (s.o.S.31) Willenserklärung. Sie wird im allgemeinen dann wirksam, wenn sie die uneingeschränkte Zustimmung des Annehmenden zu dem Angebot zum Ausdruck bringt. Welche Konsequenzen entstehen aber für den Vertragsschluß, wenn der Annehmende mit Einschränkungen oder Vorbehalten das Vertragsangebot annimmt, und der Anbieter darauf schweigt? Wird damit der Vertrag geschlossen, oder wie Demogue sagt: "L'acceptation suppose que l'acceptant adhère de façon complète aux propositions faites?"¹⁶⁾

Dazu ein Fall des BGH vom 29. Sept. 1955¹⁷⁾:

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten einen Klebstoff für ihre Treibriemenproduktion zu einem bestimmten Zeitpunkt, der ihr von der Beklagten vorgeschlagen wurde. Die Beklagte ließ der Klägerin eine Auftragsbestätigung zugehen, in der sie für den Auftrag dankte und erklärte, daß sie ihn zu ihren Lieferungsbedingungen vorgemerkt habe. Als nun Mängel bei der gelieferten Ware auftraten, erhob die Klägerin Klage vor dem zuständigen Landgericht, das der Klage stattgab.

Mit der Berufung hat die Beklagte geltend gemacht, daß ihre Lieferungsbedingungen Vertragsbestandteil sämtlicher Lieferverträge mit der Klägerin geworden seien, und daß nach diesen Bedingungen jegliche Schadenersatzansprüche ausgeschlossen seien. Diese Bedingungen hätten der Auftragsbestätigung beigelegt.

Das OLG hat die Klage abgewiesen, die Revision der Klägerin führte zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Der BGH vertrat die Auffassung¹⁸⁾, daß der Annahme des

¹⁶⁾ Demogue, Source des obligations, t. II, S. 171 § 554.

¹⁷⁾ BGHZ 18, 212.

¹⁸⁾ BGHZ 18, 212 (215).

Berufungsgerichts, die Klägerin habe sich als Vollkaufmann in den späteren Verträgen den Lieferbedingungen der Beklagten auch dann, wenn sie ihr nicht bekannt gewesen wären, unterworfen, nicht beigetreten werden kann.

Nach Ansicht des BGH handelt es sich nicht um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben über vorausgegangene Vertragsverhandlungen¹⁹⁾, sondern "um eine in die Form einer Bestätigung gekleidete Erklärung gegenüber einer Bestellung". Diese Annahmeerklärung habe sich nicht mit der Bestellung, dem Vertragsangebot der Klägerin, gedeckt. Damit läge aber ein Fall des § 150 II BGB vor, d.h., eine Ablehnung der Offerte seitens der Klägerin, verbunden mit einem neuen Antrag.

Ein Schweigen aber auf diese modifizierte Annahme eines Vertragsangebots, mag diese Annahme auch in Form einer sog. Auftragsbestätigung gekleidet sein²⁰⁾, habe grundsätzlich eine Ablehnung des neuen Angebotes zur Folge.

Der BGH zeigt mit diesem Urteil die in der deutschen Lehre²¹⁾ und Rechtsprechung herrschende Meinung auf, daß ein Schweigen auf eine modifizierte Annahme grundsätzlich keine Annahme des neuen Angebots sei, obwohl Ausnahmen bei unbedeutenden Änderungen die Regel bestätigen²²⁾.

bb) Französische Lösung

Über eine ähnliche Lösung verfügt das französische Recht nicht, um dem Interesse des Annehmenden in der Weise Rechnung zu tragen, daß er zwar grundsätzlich mit dem ihm gemachten Vertragsangebot einverstanden ist, aber noch irgend eine kleine Änderung oder auch unbedeutenden Zusatz, der nur der Klarstellung dient, wünscht.

19) Zum Problem des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben s. unten, S. 141 ff.

20) BGHZ 18, 212 (216).

21) S. z.B. Larenz, A.T. § 33 II, S. 506.

22) BGH LM Nr. 1 zu § 150 BGB = NJW 1951, 313.

Die französische Lehre und Rechtsprechung gehen bei der Behandlung dieses Problems teilweise getrennte Wege.

In einem Fall, den das Tribunal de Nantes am 6.1.1865 zu entscheiden hatte, wurde ein Vertragsangebot durch ein Telegramm des Annehmenden mit den Worten "Brief folgt" angenommen. In diesem Brief machte der Akzeptant noch seine Vorstellungen geltend, die zu Änderungen führten.

Das Gericht entschied sich dafür, daß der Vertrag schon durch das Telegramm zustandegekommen sei, ohne daß der Brief daran etwas ändern könnte²³⁾.

Dagegen wehrte sich Valéry mit dem Argument, daß der Vertrag gar nicht zustandegekommen wäre, weil sich der Wille der Partei gar nicht hätte realisieren können²⁴⁾.

In der früheren französischen Rechtsprechung wurde also in keiner Form Rücksicht auf noch so unbedeutende Änderungswünsche der anderen Vertragspartei genommen, und man sah den Vertrag unter den bisherigen Bedingungen als zustandegekommen an²⁵⁾. Das änderte sich etwas mit der Entscheidung der Chambre de requêtes, die in dem Schweigen des Anbietenden auf eine modifizierte Annahme die Aufrechterhaltung des ersten Angebots sah²⁶⁾.

23) Trib. de Nantes, 6.1.1865, D. 1865, III 22: "...en décidant que la lettre ne peut modifier l'acceptation par télégramme".

24) Valéry, *Contrat par correspondance*, S. 113, § 112, der auch darauf hinweist, daß man sich dabei fragen müsse, welche Bedeutung der Annehmende dem Vermerk "Brief folgt" beilegen wollte.

25) Eine solche Annahme, wie z.B. eine telegrafische Zusage mit einer Klausel: "Brief folgt", wird im deutschen Recht anders bewertet. Nach RGZ 105,8 liegt in solchen Fällen in der Regel nur die Ankündigung einer Annahme vor, Änderungen sind nicht vorbehalten (s. auch Erman-Heferm., § 150 Bem. 6). Etwas anderes sieht man in dem Zusatz: "Auftrag fest-Brief folgt". Der Vertrag ist dann zustandegekommen, der angekündigte Brief kann nur noch Änderungswünsche bezüglich des fest abgeschlossenen Vertrages enthalten.

26) Cass. Requ. 17.6.1873, D.P. 1876, V. 313.

Der Cour de req. ging nicht mehr nur von einem Vertrags-schluß unter den ursprünglichen Bedingungen aus, sondern ließ bei ausdrücklichen und präzisen Vorbehalten den Vertrag nicht entstehen. Dieser Grundsatzentscheidung scheint sich die nachfolgende Rechtsprechung angeschlossen zu haben²⁷⁾, obwohl bei weniger präzisen Vorbehalten des Akzeptanten die Lehre²⁸⁾ dazu neigt, den ursprünglichen Vertrag als geschlossen anzusehen, wobei auf die Änderungswünsche des Annehmenden keine Rücksicht genommen wird²⁹⁾.

Ein Schweigen des Offerenten auf eine modifizierte Annahme ändert also nichts an der Situation des ursprünglichen Vertragsangebotes, eine modifizierte Annahme hat vielmehr nur die Wirkung, daß bei "réserves précises" das Zustandekommen der Einigung verhindert wird³⁰⁾.

Ebenso wie im deutschen Recht wird heute in Frankreich in der modifizierten Annahme eine Ablehnung gesehen, verbunden mit einem Gegenvorschlag, doch wird auch in der Lehre an der Meinung der Rechtsprechung festgehalten, daß

-
- 27) S. z.B. Soc. 15 Nov. 1940, Sem. jur., 1941. 1602, obwohl auch hier wieder Ausnahmen vorhanden sind, die den Vertrag zustandekommen lassen, s. Trib. com. Cambrai, 16. April 1912, Trib. com. Cherbourg, 6. Sept. 1912, S. 1914. 2.49 mit Anm. Demogue.
- 28) S. z.B. Plan.-Rip. (Esmein), Tr. Prat. VI, Nr. 136.
- 29) Valéry, Contrat par correspondance, S. 113, der gerade bei dem oben erwähnten Fall (Telegramm mit den Worten "lettre suit") den Vertrag als zustandekommen ansehen will, ohne Rücksicht auf die Änderungswünsche des Akzeptanten.
- 30) Nach Plan.-Rip. (Esmein), Tr. Prat. VI, Nr. 136 müssen auch lokale Geschäftsbräuche (les usages et le souci de faire prévaloir la bonne foi) beachtet werden, nach denen sogar ausdrückliche Vorbehalte ohne Wirkung bleiben. Dies gilt insbesondere bei AGB.
- 31) Nach Mazeaud, t.II, leçons de droit civ., handelt es sich um eine "offre nouvelle émanant de l'autre partie et qui devrait être à son tour acceptée", s.S. 112; Aix 25.10.43, JCP. 1944. IV. ed. 6 II.

der Vertrag nur bei ausdrücklichen und präzisen Einschränkungen nicht zum Entstehen kommt³²⁾.

Das Problem des Schweigens auf einen modifizierten Antrag stellt sich somit nicht in dem Maße, wie im deutschen Recht. Denn nur die Einschränkungen selbst entscheiden über die Existenz des Vertrages. Ein Schweigen auf unpräzise Vorbehalte ändert nichts an dem Zustandekommen des ursprünglichen Vertrages, was ganz im Interesse des Schweigenden sein wird. Sollte es sich um ausdrückliche und präzise Vorbehalte handeln, vermag das Schweigen auch nicht den Vertragsschluß herbeizuführen, weil es dann entweder von der Rechtsprechung als Bestätigung des ursprünglichen Angebotes ausgelegt wird, oder von der der Rechtsprechung nicht folgenden Literatur als Ablehnung angesehen wird³³⁾.

Vor allem muß noch beachtet werden, daß die Rechtsprechung und die Mehrheit der Literatur bei ausdrücklichen und präzisen Einschränkungen von der Nichtexistenz des Vertrages ausgehen, d.h., ein Schweigen auf solche Vorbehalte spielt somit erst eine zweitrangige Rolle³⁴⁾. Das heißt aber nicht, daß das französische Recht die Annahme eines Vertragsvorschlages durch konkludentes Handeln nicht kennt³⁵⁾. In Hinsicht auf die Vertragsänderungen wird das aber nur angenommen, wenn der Schuldner der Sachleistung, der in der Regel

32) S. Fußnote 27).

33) Littmann, a.a.O., S. 126 ff.

34) Ferner muß berücksichtigt werden, daß bei Klauseln in einem modifizierten Annahmeschreiben eine Kenntnisnahme dieser Klauseln vor Vertragsschluß gegeben sein muß, so daß solche Klauseln bei Nichtkenntnis nicht stillschweigend angenommen werden können. D. 1972, Somm. 141, s. unten S. 181 f.

35) Cass. com. 17.11.61, Rev. crit. Dr. int. pr. 1962, 129.

vorzuleisten hat, ohne auf den Änderungsvorschlag der anderen Vertragspartei einzugehen, mit der Lieferung der Ware beginnt.

Zusammenfassend ergibt sich folgender Unterschied:

Zwar kann man davon ausgehen, daß in beiden Rechtsordnungen Einschränkungen und Vorbehalte des Annehmenden als Ablehnung des ursprünglichen Angebots, verbunden mit einem Gegenvorschlag, angesehen werden, doch differenziert das französische Recht schon in Hinsicht auf das Zustandekommen der Einigung über die ursprünglichen Bedingungen. Nur ausdrückliche und präzise Vorbehalte können den Vertragschluß verhindern, d.h., eine Ablehnung des alten Antrags, verbunden mit einem Gegenvorschlag, liegt dann vor.

Eine, zu allgemein gefaßte Modifikation hat aber keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrages. Der Vertrag kommt also ohne Berücksichtigung der Änderungswünsche des Annehmenden zustande.

Dasselbe Ergebnis wird dadurch erreicht, daß lokale Geschäftsbräuche oder allgemeine Geschäftsbedingungen die Wirkung der Vorbehalte ausschließen können.

Das Schweigen des Offerenten auf einen durch ausdrückliche und präzise Vorbehalte erzielten neuen Antrag des Annehmenden wird dann von der französischen Rechtsprechung nur als Aufrechterhaltung seines ursprünglichen Angebots verstanden³⁶⁾.

Einem Schweigen des Offerenten auf zu allgemein gefaßte Einschränkungen oder Änderungen des ursprünglichen Angebots durch den Annehmenden kommt somit überhaupt keine

36) siehe Fußnote 26).

rechtliche Bedeutung zu, weil der Vertrag in seiner ursprünglichen Fassung zustandekommt.

Das deutsche Recht unterscheidet die Bedeutung von Modifikationen erst im Bereich des Schweigens auf eine modifizierte Annahme.

Das Schweigen gilt zwar grundsätzlich als Ablehnung, doch kann es auf einen "neuen Antrag" unter Umständen als Annahme gedeutet werden, so etwa, wenn der gewünschte Zusatz oder die gewünschte Änderung von so geringer Bedeutung ist, daß das Einverständnis des anderen als sicher angenommen werden kann. Etwas anderes kann sich auch bei Kaufleuten ergeben, bei denen vielfach im Rahmen des oben erwähnten § 151 das Schweigen als Annahme gelten kann³⁷⁾. Dies kann aber auch in Frankreich der Fall sein, wenn der Schweigende vorleistet, d.h., z.B. mit der Lieferung schon beginnt.

c) Schweigen beim "freibleibenden Angebot"

aa) Deutsche Lösung

Nach deutschem Recht kann ein Vertragsantrag bis zu einem Erlöschen nach § 146 BGB nicht widerrufen werden, d.h., der Antragende ist gem. § 145 BGB an seinen Antrag gebunden. Eine Ausnahme läßt der letzte Halbsatz des § 145 BGB zu, wenn der Antragende seine Gebundenheit ausgeschlossen hat³⁸⁾. Damit kann er sein Angebot über § 130 I 2 BGB hinaus abändern oder ganz widerrufen, solange keine wirksame Annahme erfolgt ist³⁹⁾. Man streitet sich im deutschen Recht, ob durch den Ausschluß der Gebundenheit der Vertrag dann durch einfache Annahme des Gegners zustandekommt oder nicht. Die herrschende Meinung sieht in dem "Angebot freibleibend" nur eine Aufforderung zur Abgabe eines Antrages.

37) RGZ 103, 13.

38) Der Ausschluß der Bindung muß spätestens gleichzeitig mit dem Antrag zugehen, da sonst die Bindung eingetreten und nicht mehr widerruflich ist.

39) RG JW 1911, 643.

Nach ihrer Meinung wird durch die Klausel zum Ausdruck gebracht, daß eine rechtliche Bindung (noch) nicht vorliege. Außerdem würde die bloße Widerrufsmöglichkeit bis zur Annahme zu Zufallsergebnissen führen, je nachdem wie schnell der Annehmende handele⁴⁰⁾.

Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, daß der Vertrag durch die Annahme des Gegners zustandekommt, sofern der Antragende seinen Antrag nicht widerrufen hat⁴¹⁾.

Die praktische Bedeutung dieses Streites ist gering, da es stets auf die Auslegung ankommt und der Ausschluß der Bindung meist dahin auszulegen ist, daß kein Antrag, sondern Aufforderung zur Abgabe eines Antrages gewollt ist⁴²⁾.

Schweigt nun der "freibleibend" Anbietende auf ein Angebot, das ihm zugeht, dann trifft ihn nach herrschender Meinung eine Erklärungspflicht. Lehnt er nicht unverzüglich ab, ist sein Schweigen als Annahme anzusehen⁴³⁾.

Man kann davon ausgehen, daß ein Schweigen in solchen Fällen auf den folgenden Antrag in der Regel als Annahme zu werten sein wird⁴⁴⁾. Dabei wird diese Annahme nach § 151 BGB ohne Zugang wirksam⁴⁵⁾.

bb) Französische Lösung

Im französischen Recht kann sich ein solches Rechtsproblem gar nicht stellen, weil man von völlig anderen Grundsätzen

40) BGH NJW 1958, 1628, 1628; Palandt-Heinrichs, Anm.2 zu § 145

41) Staudiner-Coing, Anm.15 zu § 145, noch anders Flume, A.T. § 35 I 3 b, c.

42) RGZ 105, 12.

43) RGZ 102, 230; Palandt-Heinrichs, Anm.2 zu § 145

44) RG JW 28, 2674.

45) Enneccerus-Nipperdey, Anm.7 zu § 162

in Hinsicht auf das Angebot ausgeht. Grundlegender Unterschied zum deutschen Recht ist die jederzeitige Widerruflichkeit des Antrags für den Anbietenden, sofern er sich nicht zur Aufrechterhaltung des Angebots verpflichtet hatte⁴⁶⁾.

Während sich der freibleibend Anbietende im deutschen Recht durch den Ausschluß der Gebundenheit auf die Ebene der freien Widerrufsmöglichkeit seines Antrags begeben muß und damit eine Ausnahmesituation schafft, kann der französische Antragende grundsätzlich auf die Möglichkeit des Widerrufs zurückgreifen und sein Angebot jederzeit widerrufen.

Ein Schweigen in einer solchen Ausnahmesituation von der grundsätzlichen Gebundenheit an einen Antrag wird deshalb im deutschen Recht strenger beurteilt, weil das Gesetz durch die Bindung an den Antrag den Empfänger schützen wollte, indem er ihm - vor allem im Falle eines länger befristeten Angebots - für die Zeit bis zu seinem Erlöschen eine gesicherte Rechtsposition geben wollte. Der Empfänger hat damit die Möglichkeit, bis zum Ablauf der ihm gesetzten Frist, in Ruhe überlegen zu können, ob er das Angebot annehmen will oder nicht, ohne befürchten zu müssen, daß der Antragende seinen Entschluß ändern und sein Angebot widerrufen könnte.

Wenn das Gesetz dazu eine Ausnahme zuläßt (§ 145,2. Halbsatz), dann entsteht wieder der Zustand der Unsicherheit für den Empfänger, der aber dann geschützt werden soll, wenn er auf die Aufforderung des "freibleibend Anbietenden" diesem einen Antrag zukommen läßt. Denn dieser muß dann unverzüglich seine Annahme zum Ausdruck bringen, weil er sich wegen der fehlenden Bindung die Möglichkeit der Ablehnung vorbehalten hat⁴⁷⁾. Unterläßt er es, dann

46) Ferid, Bd. 1, § 13 I E 94.

47) Larenz, § 33 I, S. 503.

"gilt" sein Schweigen nach Treu und Glauben als Zustimmung.

Das deutsche Recht schafft auf diese Weise wieder einen Ausgleich zu der entstandenen unsicheren Situation des Empfängers, wenn der Antragende seine Gebundenheit ausgeschlossen hat.

Ein solcher Zustand der Unsicherheit⁴⁸⁾ ist in Frankreich nicht in dem Maße vorhanden, weil die "offre" des französischen Rechts grundsätzlich zeitlich nicht beschränkt ist. Ein nicht widerrufenes Angebot kann also irgendwann einmal angenommen werden⁴⁹⁾.

Daher besteht in Frankreich nicht das Bedürfnis, einen Empfänger eines Angebots bei Ausschluß der Gebundenheit des Antragenden zu schützen, ganz abgesehen davon, daß in Frankreich die Klausel "Angebot freibleibend" nicht verwendet wird.

d) Schweigen im Problembereich der "invitatio ad offerendum"

aa) Deutsche Lösung

Grundsätzlich liegt ein Vertragsangebot vor, wenn es inhaltlich so bestimmt ist⁵⁰⁾, daß eine bloße Bejahung (Annahme) zur Einigung über Inhalt und Gegenstand des Vertrages genügt. Eine z.B. hinsichtlich des Gegenstandes nicht ausreichend bestimmte Erklärung ist daher schon kein Vertragsantrag mehr⁵¹⁾.

48) Im Prinzip ist die Unsicherheit aber größer, weil der Anbietende nicht ausnahmsweise, sondern jederzeit widerrufen kann.

49) Etwas anderes gilt im Handelsverkehr. Hier muß eine Ausnahme innerhalb einer "delai raisonnable" erfolgen, siehe Ferid, Bd. 1, § 13 I E 98.

50) Die Bestimmbarkeit wird gem. §§ 133, 157 ermittelt.

51) RG HRR 30, 91; RGZ 170, 400.

Ferner ist erforderlich, daß sich aus dem Antrag der Wille der Bindung entnehmen läßt⁵²⁾.

Fehlt es also an einer genügenden Bestimmtheit des Gegenstandes oder an einem erkennbaren Bindungswillen (z.B. Versendung von Preislisten, Angebote in Zeitungen), dann liegen meistens keine Vertragsanträge, sondern lediglich Aufforderungen zu deren Abgabe vor⁵³⁾. Praktische Bedeutung hat diese Frage - ob ein Vertragsangebot oder nur Aufforderung zur Abgabe eines solchen vorliegt - dann, wenn man sich darüber streitet, ob und wann ein Vertrag zustandegekommen ist.

Doch dieser Streit kann an Bedeutung verlieren, wenn der Fall eintritt, daß sich jemand über die Art des Vertragsangebotes geirrt hat; in der Meinung, es sei ein wirkliches Angebot, hat er diesem zugestimmt. Später stellt sich heraus, daß es nur eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes war.

Ähnlich wie bei der verspäteten Annahme⁵⁴⁾ wird nun in dieser vermeintlichen Zustimmung ein neuer selbständiger Antrag gesehen. Das Schweigen des Gegners kann dann nach § 151 BGB als Annahme gewertet werden, aber nur dann, wenn der Gegner den Irrtum erkannt hat⁵⁵⁾. Somit kommt dem Schweigen auf ein neues selbständiges Angebot die Bedeutung einer Zustimmung zu, wenn es die Umstände unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zulassen.

52) Auch das ist Auslegungsfrage.

53) RGZ 133, 391.

54) Siehe S.120 ff.

55) Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 145.

bb) Französische Lösung

Auch das französische Recht kennt den Unterschied einer bloßen Aufforderung und einer Offerte⁵⁶⁾. Doch führt die Widerruflichkeit des Antrags dazu, daß die Abgrenzung anders verläuft. Neben dem Antrag als empfangsbedürftige "manifestation de volonté" gibt es auch noch die nicht-empfangsbedürftige "offre" (sog. "offre au public"), zu der z.B. Angebote in Zeitungsannoncen, Speisekarten etc.⁵⁷⁾ gehören.

Eine Besonderheit besteht nun aber in Hinsicht auf einen Handelskauf. Im Gegensatz zur invitatio ad offerendum im deutschen Recht, die keine Bindungswirkungen erzeugt, akzeptiert das französische Recht eine Bindungswirkung, wenn eine solche "offre au public" des Auffordernden auf einen Handelskauf gerichtet ist⁵⁸⁾.

Auf der Grundlage dieser Rechtsauffassung wird es schwierig sein, ein Schweigen nach französischem Recht als Annahme zu qualifizieren.

Bei einer Anpreisung der Ware unter Nichtkaufleuten wird man, wie im deutschen Recht, in der irrtümlich abgegebenen Annahme das eigentliche Vertragsangebot sehen. Doch in Frankreich geht man nicht so weit, ein Schweigen darauf als Annahme zu sehen, weil eine Willensübereinstimmung vorhanden sein muß, was aber nicht bedeutet, daß eine derartige Auslegung generell ausgeschlossen ist.

Auch hier könnte das richterliche Ermessen der Tatrichter je nach Einzelfall zu einer ähnlichen Wertung wie im deutschen Recht führen.

56) Es gibt verbindliche und unverbindliche Offerten im französischen Recht. Man versteht unter einer unverbindlichen "offre" einen Antrag, der auf die persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Vertragspartners abstellt. Der Antragende kann den Vertragsschluß sofort ablehnen, ohne erst widerrufen zu müssen.

57) Ferid, § 13 I E 95, im deutschen Recht Angebot ad incertas personas.

58) Carbonnier, II, 2 Nr. 98; s.a. Ferid, a.a.O., mit weiteren Beispielen, grds. besteht eine Bindung, solange der Vorrat reicht.

In bezug auf den Handelskauf mit seiner Bindungswirkung wird sich das Problem der irrtümlichen Annahme nicht in dem Maße stellen, weil der Auffordernde trotz seines Schweigens schon gebunden ist.

e) Schweigen auf eine verspätete Annahme

aa) Deutsche Lösung

Eine Annahmeerklärung kann nach deutschem Recht nur wirksam werden und damit den Vertrag zustandebringen, wenn sie rechtzeitig erfolgt ist⁵⁹⁾.

Sie ist im allgemeinen rechtzeitig, wenn der Antrag unter Anwesenden oder mittels Fernsprecher sofort⁶⁰⁾ angenommen worden ist, solange das Angebot nicht erloschen ist⁶¹⁾.

Unter Anwesenden dauern Bindung und Annahmefähigkeit bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Antragende den Eingang einer Antwort erwarten durfte (§ 147 II).

Ist die Annahmeerklärung nun verspätet⁶²⁾, so kann sie den Vertrag nicht zustandebringen⁶³⁾, da sie nicht mehr auf ein annahmefähiges Angebot trifft.

Sie ist aber trotzdem nicht ohne rechtliche Bedeutung.

Nach § 150 I "gilt" sie als neues Angebot. Dieses "neue" Angebot kann nun der frühere Offerent annehmen oder ablehnen, wobei auch hier sein Schweigen als Annahme gelten kann, wenn der Annehmende nach den Umständen für den Fall,

59) Wenn der Antragsteller eine Frist bestimmt hat, greift § 147 I ein, s. Palandt-Heinrichs, Anm.3 zu § 148

60) "Sofort" ist schneller als "unverzüglich" (§ 121), jedes Zögern ist ausgeschlossen, Palandt-Heinrichs, Anm.4 zu § 148.

61) Siehe § 146.

62) D.h. verspätet zugegangen.

63) Ausnahme dazu: § 149,

daß der Empfänger mit dem Vertrag jetzt nicht mehr einverstanden wäre, von ihm eine dahingehende Erklärung erwarten durfte⁶⁴⁾.

Vielfach wird die neue Annahme stillschweigend nach § 151 erfolgen, d.h., ein Zugang ist entbehrlich, z.B. dann, wenn der ursprüngliche Antragende seinen Vertragsabschlußwillen dadurch zeigt, daß er die verlangte Leistung nunmehr erbringt⁶⁵⁾.

Außerdem kann man dann in einem Schweigen eine Annahmeerklärung sehen, wenn die Verspätung der Annahmeerklärung so geringfügig war⁶⁶⁾, daß der Annehmende davon ausgehen konnte, daß der Antragende auch jetzt noch am Vertragsabschluß interessiert sei⁶⁷⁾.

bb) Französische Lösung.

Wie schon bei der Untersuchung des "freibleibenden Angebots" festgestellt worden ist⁶⁸⁾, unterliegt eine "offre" im französischen Recht grundsätzlich keiner zeitlichen Beschränkung. Das ist der Ausgleich für ihre Widerruflichkeit. Doch gilt dies nicht bei ausdrücklichen und stillschweigenden Fristsetzungen⁶⁹⁾.

Das Problem einer verspäteten Annahme stellt sich also auch im französischen Recht, wenn eine Fristsetzung vorliegt. Eine derartige stillschweigende Fristsetzung wird im Handelsverkehr vermutet⁷⁰⁾. Danach muß eine Annahme innerhalb eines "délai raisonnable" erfolgen. Unterläßt es der Annehmende innerhalb der Frist zu antworten, wird das Angebot hinfällig⁷¹⁾. Eine verspätete Annahme wird

64) Larenz, AT, § 33 II, S. 505.

65) Insbesondere unter Kaufleuten ist Schweigen in solchen Fällen in der Regel Einverständnis; RGZ 103, 13; BGB NJW 51, 313

66) Beispiel: A bietet B telegrafisch eine Ware zum Verkauf an, B erklärt brieflich die Annahme. Da bei § 147 II zur Einhaltung der Annahmefrist das gleiche Erklärungsmittel erforderlich ist, gilt diese verspätete Annahme als neues Angebot.

67) RGZ 103, 13; BGH NJW 51, 313; Ennenncerus-Nipperdey, Anm. 7 zu § 162 unter Berufung auf § 151. Soergel-Lange, 21 zu § 151

68) S. "freibleibendes Angebot", S. 114 ff.

69) Ferid, § 13 1 E 97.

70) Plan.-Rip.-Boul., II, Nr. 328; Col.-Cap., Tr. II, Nr. 632.

71) Col.-Cap., Traité II, Nr. 632.

wie im deutschen Recht dann als neues Angebot aufgefaßt, doch wird man ein Schweigen auf dieses Angebot als eine Bestätigung des ersten Angebots auffassen müssen⁷²⁾, wie es die französische Rechtsprechung bei der modifizierten Annahme entschieden hatte. Das Schweigen auf eine verspätete Annahme wird demnach weder als Zustimmung noch als Ablehnung des neuen Angebots gewertet werden, doch könnte man diese "Bestätigung" auch als "indirekte" Ablehnung auslegen.

Das deutsche Recht führt also zu einem unterschiedlichen Ergebnis, indem es, wie schon beim modifizierten Angebot, das Schweigen unter bestimmten Voraussetzungen als Zustimmung auf ein in einer verspäteten Annahme liegendes neues Angebot wertet. Doch auch hier könnte, je nach Einzelfall, das richterliche Ermessen zu einem der deutschen Lösung ähnlichen Ergebnis kommen, wenn z.B. eine längere Geschäftsverbindung zwischen den Vertragsparteien bestanden hat, die Rückschlüsse auf einen vermuteten zustimmenden Willen zulassen könnte.

f) Schweigen auf eine nachträgliche Vertragsänderung
ohne gesetzliche Regel

Im Rahmen der Untersuchung über Art. 7 Abs. II des Gesetzes vom 13.7.1930 wurde festgestellt, daß der französische Gesetzgeber das Schweigen auf eine nachträgliche Vertragsänderung bei einem Versicherungsvertrag nach einer bestimmten Zeit als Zustimmung gewertet hat⁷³⁾. Diese Ausnahme von dem Prinzip der "silence-refus" wurde in Frankreich nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zugelassen.

Es gibt nun aber auch die Möglichkeit, daß sich außerhalb des Versicherungsrechts ein Fall ereignen könnte, in dem eine Vertragspartei ihren Vertragspartner schriftlich

72) S. modifiziertes Angebot, S.108ff; Cass. Req. 17. Juni 1873, D.P. 1876, V 313.

73) S. S. 96 ff.

darum bittet, den bestehenden Vertrag unter bestimmten Vorstellungen zu modifizieren. Auf dieses Ersuchen oder auf diesen Vorschlag schweigt der Adressat.

Welche Bedeutung hat nun das Schweigen in diesem Fall nach deutschem und französischem Recht?

aa) Deutsche Lösung

Die deutsche Rechtsprechung ist mit diesem Problem vertraut. In seiner Entscheidung vom 4. April 1951 kam der BGH zu dem Ergebnis, daß ein Schweigen auf ein neues Angebot unter Bezugnahme auf den ursprünglichen Vertrag nach Treu und Glauben als Zustimmung angesehen werden kann, wenn ein Widerspruch des Angebotsempfängers erforderlich gewesen wäre⁷⁴⁾. Das ist dann der Fall, wenn der Antragsempfänger, auf die Frage, ob er gegen ein bestimmtes Angebot Widerspruch erhebe, in seinem Schweigen verharret, obwohl der ihm gemachte Vorschlag im Rahmen einer normalen und sachgemäßen Abwicklung des Schuldverhältnisses bleibt⁷⁵⁾.

Folgender Fall stand zur Entscheidung an:

Die Parteien schlossen im April 1947 einen Vertrag, wonach sich die Klägerin verpflichtete, eine bestimmte Ware zu einem bestimmten Preis zu liefern. Die Klägerin behielt sich aber bis zum Liefertermin eine Berichtigung des Preises bei einer eventuellen Änderung der Lohn- und Eisenbahntarife oder der Material- und Brennstoffpreise vor. Im September 1948 rief die Klägerin bei der Beklagten an und teilte mit, daß nunmehr bald die Ware geliefert werde. Weiter richtete die Klägerin einen Tag später an die Beklagte ein Schreiben, worin sie "unter Bezugnahme auf das Telefongespräch vom Tage zuvor und den in dieser Angelegenheit gehaltenen Briefwechsel" mitteilte, daß in nächster Zeit mit der Lieferung der Ware gerechnet werden könne. Der Preis läge aber über dem anfangs vereinbarten Preis, doch würde sie in diesem Zusammenhang auf die Preisklausel verweisen.

74) BGHZ 1, 355.

75) BGH BB 1962, 1056.

Auf diesen Brief schwieg die Beklagte und ließ auch ebenso eine weitere Anfrage der Klägerin unbeantwortet. Auf die Zahlungsaufforderung mit dem Hinweis, daß die Ware nun abrufbereit stehe, verweigerte die Beklagte die Zahlung und den Abruf. Die Zahlungsklage der Klägerin wurde vom Berufungsgericht abgewiesen, die Revision hatte Erfolg.

Der BGH führte dazu aus⁷⁶⁾, daß der Kaufvertrag mit einer Preisklausel versehen worden sei⁷⁷⁾, deren regelmäßige Bedeutung darin liegen würde, daß der Verkäufer den endgültigen Kaufpreis nach billigem Ermessen so zu bestimmen habe, daß dieser mit den jeweiligen Marktpreisen und der jeweiligen Wirtschaftslage übereinstimmt⁷⁸⁾.

Eine solche Klausel könne aber im Einzelfall auch dahingehend ausgelegt werden, daß der Verkäufer berechtigt sein soll, von dem geschlossenen Vertrag in dem vorbehaltenen Punkt abzugehen und einen höheren Preis vorzuschlagen, welches Angebot dann der Käufer annehmen oder ablehnen könne⁷⁹⁾.

Auf dieses neue Angebot habe nun der Angeklagte geschwiegen, was aber auch im Handelsverkehr in der Regel nicht als Zustimmung zu werten sei. Doch würde dem Schweigen auch dann die Bedeutung einer Vertragsannahme zukommen, wenn nach Treu und Glauben ein Widerspruch erforderlich gewesen wäre. Eine derartige Pflicht zum Widerspruch gegen das neue Angebot sah der BGH darin, daß die Parteien in Geschäftsverbindung standen und erst recht darin, daß der Brieffschreiber für den Gegner erkennbar ein Interesse an einer baldigen Antwort hatte.

76) BGHZ 1, 355.

77) Im Rechtsverkehr wird die Klausel meistens dadurch zum Ausdruck gebracht, daß im Vertrag der Hinweis vorhanden ist "Preis freibleibend". Doch die Klausel ist, im Gegensatz zum "Angebot freibleibend" (s.o.), Inhalt des geschlossenen Vertrages.

78) S.a. Staudinger-Ostler, Anm. 50 zu § 433, RGZ 103, 414; 104, 306

79) S.a. Staudinger-Ostler, Anm. 50 zu § 433, RGZ 103, 414;
104, 306

Aus diesem Grunde müsse das Schweigen als Annahme gewertet werden, zumal die Beklagte "wochenlang" geschwiegen habe.

Dieser Fall aus dem Handelsrecht stützt sich zwar bei der Bewertung eines Verhaltens auf einen gegenseitigen Handelskauf (§ 362 HGB), nach dem einem Schweigen eines Kaufmanns eine andere Bedeutung, als dem eines normalen Bürgers, beigemessen werden kann, doch zeigt dieser Fall auch, daß unter ganz bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Prinzip des Schweigens als Ablehnung zugelassen wird.

Ob diese Annahme auch im bürgerlichen Recht Anwendung finden kann, müssen die Umstände entscheiden. Man kann aber generell davon ausgehen, daß im deutschen Recht ein bloßes Schweigen auf ein Angebot dann als Einverständnis angenommen werden kann, wenn es nach Lage der Umstände, unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben, so aufgefaßt werden darf⁸⁰⁾. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schweigende nicht widerspricht, obwohl man einen Widerspruch von ihm erwarten darf und dies der Erwartung des zum Widerspruch Herausfordernden entspricht⁸¹⁾.

Die deutsche Rechtsprechung und die ihr folgende Literatur überlassen es somit der Praxis, je nach Umständen, die Bedeutung eines Schweigens zu werten. Treu und Glauben (bonne foi), unterlassener Widerspruch und Geringfügigkeit der Modalitäten sind in beiden Staaten die Kriterien, die der richterlichen Beurteilung dienen.

80) BB 1962, 1056.

81) Staudinger-Weber, Anm.219 und 220 zu § 242.

bb) Französische Lösung

Die Cour de cassation⁸²⁾ hatte am 22.11.1960 folgenden Fall zu entscheiden:

Zwei Chirurgen hatten ein Assoziierungsabkommen abgeschlossen, in dem eine Honorarteilung und die Dienstaufteilung in einem Hospital und in einer Privatklinik vereinbart worden ist. Diese Vereinbarung wurde einige Zeit eingehalten, bis es zu einem Bruch kam. Jede Partei ging nun ihre eigenen Wege. Die eine Partei arbeitete nur noch im Hospital, die andere nur noch in der Privatklinik. Drei Jahre danach verklagte der Arzt, der im Hospital arbeitete, wegen Vertragsbruch seinen Partner. Dieser wehrte sich dagegen, mit dem Argument, daß der Vertrag schon aufgelöst worden sei und berief sich auf Zahlungsunfähigkeit, was nach seinem Vorbringen die Ursache für den Vertragsbruch gewesen sei.

Er obsiegte in der ersten Instanz. Doch der Cour d'appel wies die Klage ab mit der Begründung, daß nach Auswertung aller Gründe und Auslegung des Willens der Parteien, nachdem sie sich getrennt hatten, nur auf eine gemeinsame, stillschweigende Willensübereinstimmung geschlossen werden könnte, die von der Ungültigkeit des ursprünglichen Vertrages ausginge.

Die Cour de cass. stimmte dem zu und führte noch dazu aus, daß der Kläger niemals Einspruch gegenüber der Auffassung seines ehemaligen Partners erhoben hätte, der den ursprünglichen Vertrag als ungültig ansah und einen neuen Vertrag wünschte, der der neuen Situation besser gerecht war. Im Gegenteil, er hätte durch sein Verhalten deutlich bewiesen, daß er mit der Auflösung des alten Vertrages einverstanden sei, er hätte nur durch seine Zahlungsunfähigkeit und durch seine Passivität den Ausbau des neuen Vertrags verhindert, den beide Parteien im Prinzip wollten⁸³⁾.

82) Cass. Civ. 22.11.60, D. 1961-II.89.

83) Cass. Civ., a.a.O., S.a. Cass. Civ. 24.3.1937, S. 1937.I.152.

Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar nicht um eine Interpretation des reinen Schweigens, sondern um eine "acception tacite"⁸⁴⁾, doch ist dieser Fall ein Beweis dafür, daß man im französischen Recht nicht von einer generellen Ausnahme von der "silence-refus" ausgeht. Vielmehr versucht die Rechtsprechung von Entscheidung zu Entscheidung der Eigentümlichkeit des zugrundeliegenden Sachverhalts gerecht zu werden. Somit wird es - wie so oft - schwierig sein, eine gefestigte Rechtsprechung zu finden, die das Schweigen einheitlich beurteilt.

Verschiedene Entscheidungen sehen in einer nachträglichen Vertragsänderung nur eine Interpretationsmöglichkeit, die im Rahmen des Möglichen und zu Erwartenden liegt, wie z.B. beim Kauf die Lieferungsmodalitäten, so daß man ein Schweigen nur als Zustimmung werten kann⁸⁵⁾; andere wieder sehen die Grundlage für ein Schweigen als Zustimmung in den "relations d'affaires" unter den Parteien, die durch den schon bestehenden Vertrag begründet wurden⁸⁶⁾. Auch wird bei der Beurteilung eines solchen Falles auf die Qualität der Kaufmannseigenschaft verwiesen und auf die Handelsbräuche, die ein Schweigen als Zustimmung werten können⁸⁷⁾. Jede Entscheidung wird außerdem von dem Grundsatz beherrscht, daß es den Richtern zukommt, in jedem Fall die Bedeutung des Schweigens abzuschätzen⁸⁸⁾, ohne einseitig von einer allgemeinen Regel auszugehen, daß das Schweigen auf eine nachträgliche Vertragsänderung als Zustimmung zu werten sei⁸⁹⁾.

84) D.h. eine stillschweigende Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten.

85) Cass. Req. 8.4.1936, G.P.1936, II.207.

86) Cass. Req. 1945, S. 1945.I.40.

87) Cass. Comm. 21.5.1951, Bull. Civ. 1951.II.128.168.

88) Cass. Req. 14.4.1942, S. 1942.I.123.

89) Cass. Req. vorige Note: "qu'il appartenait aux juges dans chaque espèce d'apprécier la portée du silence..."

Bei dieser Abschätzung spielen dann die Gedanken der Billigkeit und des guten Glaubens (bonne foi) eine entscheidende Rolle.

So hatte ein Lieferant den Vorteil einer Vertragsänderung "verloren", weil das Schweigen seines Vertragspartners von den Richtern als Verweigerung angesehen wurde. Denn nach Ansicht des Cour de Rouen, dem der Kassationshof entsprochen hat, habe der Lieferant drei Jahre gewartet, um ein Gesuch auf Überprüfung des vereinbarten Preises zu formulieren, wobei er sich auf einen alten Brief bezog, auf den der Käufer nicht geantwortet hatte. In dieser Zeit habe er aber alle Lieferungen gem. der ursprünglichen Vereinbarung ausgeführt, ohne sich dagegen zu wehren⁹⁰⁾

Diese Darstellung der Rechtsprechung zwingt zu der Feststellung, daß die grundsätzliche Einstellung der Rechtsprechung, die im Schweigen ansonsten eine Ablehnung sieht, beibehalten worden ist.

Ausnahmen läßt die Rechtsprechung in diesem Problembereich nur bei Modifikationen eines bestehenden Vertrages zu, wenn diese nicht die Existenz des Vertrages berühren⁹¹⁾. Veränderungen, die also noch im Rahmen des bestehenden Vertrages liegen, können zu einer Bewertung

90) Rouen, 27.2.1942 in Cass. Req. 14.4.1942, S. 1942.I.123. Gegen diese Auffassung des Kassationshofes könnte die Tatsache sprechen, daß eine Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien bestand, die eine umgekehrte Entscheidung hätte rechtfertigen können; doch entsprach insgesamt das Verhalten des Lieferanten nicht üblichem Geschäftsgebaren, s.a. Cass. civ. 18. Jan. 1965, J.C.P. 1965 II.14114.

91) S. bes. Cass. civ. 23.7.1957, Bull. civ. 1957.III. 201 und 240.

des Schweigens als Zustimmung führen, es sei denn der Kläger hat mit seinem Begehren zu lange gewartet⁹²⁾.

Die Lehre hat demgegenüber fast keine Lösung anzubieten, wenn man davon absieht, daß die wenigen Autoren, die dieses Problem überhaupt erwähnt haben, keine Unterscheidung zwischen der Situation des Schweigenden treffen, der ein Vertragsangebot erhalten hat, und der, in der bei einem schon bestehenden Vertrag ein Änderungswunsch dem Schweigenden gegenüber abgegeben wurde. Es wird vielmehr Bezug auf die Rechtsprechung genommen, die sich mit diesem Problem oberflächlich auseinandergesetzt hat⁹³⁾, oder man denkt nur an den Fall, daß, ähnlich wie bei § 151 BGB, der Schweigende mit der Erfüllung des Vertrages schon begonnen hat⁹⁴⁾. Sehr vorsichtig äußert sich eine andere Meinung⁹⁵⁾, indem sie die Frage offenläßt, während die Anhänger der "silence coupable" darin einen bedeutenden Fall für ihre Auffassung sehen⁹⁶⁾. Einerseits wird die "silence-acceptation" bestätigt⁹⁷⁾, andererseits wird sie in Hinsicht auf die gleiche Entscheidung abgelehnt⁹⁸⁾.

92) Zu dem Problem der Unterwerfung s.u. AGB; denn in diesem Zusammenhang wird das Problem von Richtern unzureichend beurteilt, die nur von einem "accord formel du contractant de modifier les conditions du marché" ausgehen, s.S.169 ff.

93) Plan.-Rip. (Esmein), Tr. Trat.VI, S. 120, § 10 : "La jurisprudence admet encore l'acceptation par le silence gardé au reçu d'une lettre proposant une interprétation ou une modification du contrat antérieur", s.a. Malaurie, Juriscl. civ. Art. 1109, "Du consentement": Les parties peuvent conventionnellement décider que dans leurs rapports contractuels future le silence vaudra acceptation-signification incontestable que cette clause peut être tacite résulte de leurs relations d'affaires antérieurs."

94) Demoque, a.a.O., S. 78 § 555.

95) Beudant, Cours d.dr.civ., t.8, S. 46, Nr. 67.

96) Madjarian, a.a.O., S. 316 f.

97) Valéry, a.a.O., S. 96.

98) Barraut, a.a.O., S. 19, 139.

Grundsätzlich kann man auch hier wieder feststellen, daß es die Rechtsprechung war, die eine praktische Lösung ohne dogmatische Grundlage angeboten hat, der die meisten Autoren gefolgt sind, ohne selbst den Versuch zu unternehmen, eine klare Begründung zu liefern.

2) Beispiele aus dem französischen Recht

Außer den schon erwähnten Fällen, die größtenteils den gesetzlichen Vorschriften des deutschen Rechts gegenübergestellt wurden, findet man im französischen Recht und speziell in der Rechtsprechung die Ausnahmen von der "silence refus", die den Begriff der "silence circonstancié" begründet haben.

Zum ersten Mal tauchte dieser Begriff in der Grundsatzentscheidung des Kassationshofs vom 25.5.1970 auf ¹⁾, in der der Gerichtshof ausführte, daß ein Schweigen bei Fehlen jeglicher anderer Begleitumstände keine Verpflichtung begründen könne ²⁾.

Eine "silence circonstancié" liegt also dann vor, wenn Umstände vorhanden sind, die dem Schweigen eine "valeur déclarative" ³⁾ geben können.

Aufbauend auf der zitierten Entscheidung des Kassationshofes haben sich im Laufe der Jahrzehnte drei wichtige Ausnahmen herausgebildet, die unter bestimmten Umständen dem Schweigen die Bedeutung einer Zustimmung beimessen. Die Rechtsprechung hat speziell im Mietrecht das Schweigen als Annahme gewertet, wenn das Angebot im alleinigen Interesse des Empfängers erfolgt. (a)

Bestanden unabhängig davon feste Geschäftsverbindungen (relations d'affaires) zwischen den Parteien (b) oder Handelsbräuche (c), dann hatte das Schweigen gerade im Handelsrecht die gleiche Wirkung.

a) "dans l'intérêt exclusif du destinataire"

aa) Französische Lösung

Im Jahre 1938 hatte die Cour de Cassation einen Fall zu ent-

1) Cass.civ.25.5.1870, D.P.1870.I. 257.

2) Cass.a.a.O.: "que le silence d'une partie ne peut l'obliger en l'absence de toute autre circonstance".

3) Rieg, a.a.O., S. 47, Nr. 38.

scheiden ⁴⁾, der einmalig in seiner Begründung geblieben ist ⁵⁾, weil sich die Rechtsprechung bis heute scheut, eine weitere Bestätigung dieser Ausnahme von der "silence refus" zu geben ⁶⁾.

Trotz seiner relativ geringen praktischen Bedeutung ist es doch interessant, die Gründe aufzuzeigen, die eine solche Entscheidung zustande gebracht haben.

Außerdem spricht dafür die Tatsache, daß namhafte französische Autoren diese Begründung verfechten ⁷⁾.

Ein Vermieter hatte spontan und freundlicherweise ein Schuldenerlaßangebot seinen Mietern zukommen lassen, auf das diese nicht geantwortet hatten. Aus Zorn darüber zog er sein Angebot zurück und verlangte nun die volle Mietzinsschuld, die die Mieter verweigerten.

Die Tatrichter hielten das Angebot auf Reduzierung der Mietschuld für unwiderruflich, weil es schon von den Mietern stillschweigend angenommen worden wäre. Der Kassationshof bestätigte dieses Urteil, indem er eine solche Auslegung durch die Tatrichter ihrem "souveränen" richterlichen Ermessen unterstellte. Nach einer Würdigung der Tatsachen und der Absichten der Parteien und besonders, wenn das Angebot im ausschließlichen Interesse des Schweigenden erfolgte ⁸⁾ könnte man nur das Schweigen der Mieter als Annahme werten.

4) Cass.Req. 29.3.1938, D.P. 1939 I.5. mit Anmerkung Voirin

5) Ähnliche Vermutungen, wie in diesem Fall, wurden aber schon früher erörtert. S.z.B. Tunis, 22.1.1917, Gaz. Trib. 1918. II.60.

6) Rieg, a.a.O., S. 50, Nr. 42.

7) Siehe Fußnote 10, 11.

8) Cass.Req. a.a.O.: "Si en principe le silence d'une offre ne vaut pas acceptation, il est permis cependant aux juges du fait dans leur appréciation souveraine des faits et de l'intention des parties et lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle est adressée, de décider que son silence emporte acceptation".

Eine solche Auslegung blieb nicht ohne Kritik ⁹⁾, weil es widersprüchlich erschien, einerseits ein Schweigen in einem derartigen Fall als Annahme zu deuten, andererseits bei der Schenkung eine ausdrückliche Annahme gem. Art. 932 I C.c. zu verlangen ¹⁰⁾. Dieser Widerspruch hielt aber trotzdem nicht viele Autoren davon ab, diese Vermutung von einem Schweigen als Zustimmung zu billigen.

Viele sehen in dem vorteilhaften Angebot den Grund, ein Schweigen nicht als Ablehnung zu interpretieren ¹¹⁾; wobei sie fast alle ähnliche Begründungen anführen. Eindeutige Kriterien werden aber nicht angeboten, die den unbestimmten Begriff "im ausschließlichen Interesse" festlegen könnten.

Wie so oft fehlt es an gründlichen Auseinandersetzungen mit einem Problem, daß es an oberflächlichen Erklärungen nicht mangelt ¹²⁾.

9) Voirin, Anm. unter Cass. Req. a.a.O.;
Rieg, a.a.O., S. 49 f, Nr. 42.

10) Ferid, § 13 I E 100.

11) Baudry, Lacantinerie et Barde, Tr. des Obligations, 1906, Bd. 1, S. 77, Nr. 45: "... aucun motif de la refuser", Plan.-Rip. (Esmein), Bd. 6, S. 122, Nr. 109: "L'offre étant dans l'intérêt exclusif du destinataire, celui-ci n'a absolument aucun motif pour la déchirer". Mazeaud, Bd. II, 1966, S. 111, Nr. 137: "Le destinataire n'ayant aucune raison de la refuser (il s'agit de l'offre), c'est son acceptation et non son refus qui doit être présumé", s. auch Demogue, Les sources des Oblig., Bd. 1, S. 307, Nr. 188.

12) Demogue, a.a.O.: "Le silence peut valoir manifestation positive de volonté dans tous les cas où cela est utile à une personne et où d'autres ne peuvent gravement se plaindre". s.a. J. Chabas, Paris, 1931, Thèse: "De la déclaration de volonté en dr. civ. français", S. 57: "Dès l'instant que le destinataire de l'offre a tout à gagner et rien à perdre, son silence équivaut obligatoire à une acceptation".

bb) Eine deutsche Lösung des für Frankreich aufgezeigten Problems gibt es nicht, obwohl man auch davon ausgehen kann, daß ausschließlich günstige Umstände dem passiven Verhalten des Schweigenden eher eine Erklärungswirkung geben können ¹³⁾.

b) "relation d'affaires" ¹⁴⁾

aa) Französische Lösung

Zu den wenigen Ausnahmen, die das französische Recht von der grds. Regel der "silence refus" zuläßt, gehört das Schweigen auf ein Angebot, dem "relation d'affaires" zugrunde liegen. Diese Ausnahme stützt sich auf alte Entscheidungen der Rechtsprechung, die - wie so oft im französischen Recht - ohne Unterstützung der Lehre ein Prinzip begründet hat ¹⁵⁾.

Danach erlangt das Schweigen die Bedeutung einer Zustimmung, wenn ein Kaufmann einen Brief von einem Geschäftspartner erhalten hat, mit dem er schon Geschäftsverbindung hatte, und er auf diesen Brief nach einiger Zeit nicht geantwortet hat ¹⁶⁾.

Was versteht man nun im französischen Recht unter "relation d'affaires"?

Man sieht in Frankreich darin das gesamte Stadium von neuen Vorverhandlungen, worunter z.B. Kostenvoranschläge fallen, bis zu schon vorhandenen Verträgen, d.h., einmalige Verhandlungen reichen schon aus ¹⁷⁾.

Die Beantwortung der Frage aber, bis zu welchem Punkt

13) S.z.B. im Arbeitsrecht: BAG 11,249, die Annahme braucht nach der Verkehrssitte nicht erklärt zu werden, § 151.

14) Im französischen Recht findet man auch oft den Begriff der "rapports d'affaires".

15) Rieg, a.a.O., S.48f, Nr.40.

16) Bordeaux 3.6.1867, S.1868 II.183 D.1867 II.166 "... lorsque'un négociant reçoit une lettre portant un ordre d'expédition d'une personne avec laquelle il est en relation d'affaires le défaut de réponse pendant un temps prolongé peut constituer de sa part une acceptation tacite qui rend le marché parfait".

17) Das Problem des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben wird von vielen Autoren im Zusammenhang mit Handelsbräuchen gesehen (s.u.C.). Andere stützen sich auf Vorverhandlungen und somit auf "relation d'affaires". S. Breton, Encyc.Dall.a.a.O. "consentement" Nr.41.

man die Geschäftsverbindungen ausdehnen kann, überläßt man dem "souveränen" Ermessen der Tatrichter, die von Fall zu Fall darüber entscheiden sollen ¹⁸⁾.

Ohne Zweifel werden die bestehenden Geschäftsverbindungen unter Kaufleuten den Begriff der "relation d'affaires" erfüllen, wie ein Fall zeigt, der in Montpellier am 3.7.1885 entschieden wurde ¹⁹⁾:

Ein Gastwirt hat seinen ständigen Lieferanten einen Brief geschrieben, in dem er ihm mitteilte, daß dieser ihm auf seine Rechnung zum Ende des Jahres (zum Zeitpunkt der Festtage) diese oder jene Waren verschaffen sollte. Der Lieferant schwieg auf diesen Brief.

Sein Schweigen wurde aufgrund seiner Kaufmannseigenschaft und aufgrund der ständigen Verbindung als Zustimmung aufgefaßt. Der Cour d'appel führte dazu aus, daß "en matière commerciale l'absence de réponse à une lettre écrite à location de relation d'affaires entamées doit être réputée valoir comme un consentement".

Doch das bedeutet nicht, daß im Bereich des Handelsrecht bei "relation d'affaires" das Schweigen immer einer Zustimmung gleichzustellen ist ²⁰⁾.

Selbst Autoren, die eine "silence acceptation" unter bestimmten Voraussetzungen befürworten, lehnen es ab, allein in dem Status des Kaufmanns das für eine "silence acceptation"

18) Massé, Tr. de dr. com., t.III, Nr.1459f: "c'est la une question de fait nécessairement abandonnée à l'appréciation des tribunaux".

19) Montpellier, 3.7.1885, S.1885. II.56-D.1886.I.331; s.a. Rouen, 19.3.1902, D.1903. II.109. Col.-Cap., Cour élém. de dr. civ., t. II, 1948, S.32, § 43 mwN.

20) Breton, a.a.O., daß "tout dépend ici de l'appréciation judiciaire.

entscheidende Element zu sehen ²¹⁾.

Nach ihnen käme vielmehr das Problem nur häufiger im Handelsverkehr vor ²²⁾. Aus diesem Grunde wird mit der Rechtsprechung in den "relation d'affaires" zwischen Kaufleuten der entscheidende Umstand (circonstance) gesehen, der generell dazu führen könnte, daß man das Schweigen als Zustimmung wertet.

Diese Einstellung der Rechtsprechung findet man häufig in Entscheidungen, die eine "silence refus" annehmen, mit der Begründung, daß "relation d'affaires" fehlen würden ²³⁾.

Eine solche Einstellung läßt nun aber auch die Frage aufkommen, ob auch Nichtkaufleute an ihr Schweigen gebunden werden können ²⁴⁾. Dies hat die französische Rechtsprechung in den Fällen des Auftrags, des Kommissionsgeschäfts, des Maklergeschäfts und des Dienstvertrags zugelassen ²⁵⁾, die ähnlich wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teilnehmen.

Der Cour d'appel von Paris ²⁶⁾ ging sogar so weit, den Verkäufer eines Ateliers an sein Schweigen zu binden,

21) Valéry, "Contrats par correspondance" S. 100 f "...l'on doit admettre, plus facilement que le silence est un indice de consentement si le destinataire de la lettre d'offre est un commerçant", aber er fügt hinzu: "...qu'il ne faut ni assimiler d'une manière absolue le dr.civ. au dr.com. ni les opposer l'un à l'autre en admettant que silence constitue toujours de la part d'un négociant une marque d'assentiment".

22) Demogue, a.a.O., t.II, S. 177, § 555: "Ce qui est seulement vrai, c'est que l'état de pourparlers engagés oblige à répondre et qu'il est plus fréquent en matière commerciale qu'ailleurs."

23) Cour d'appel de Douai, 12.11.1953. D.54.63.

24) Frankreich kennt nicht im Handelsrecht den Unterschied von Kaufleuten und Nichtkaufleuten, weil vom "actes de commerce" ausgegangen wird, s.o.S. 92.

25) Rieg, a.a.O., S. 48, Nr. 39.

26) Cour d'appel Paris 25.11.1920, D.P.1922. II. 41.

der auf einen Brief des Käufers nicht geantwortet hat, in dem sich der Käufer einverstanden erklärt hatte, mit den Vorstellungen des Eigentümers, d.h., über die Art der Bezahlung, über den Preis etc..

Ausdrücklich hob das Gericht hervor, daß zwischen beiden Vertragsparteien schon ein Briefwechsel bestanden habe, in dem besonders der Verkäufer um ein Treffen gebeten habe ²⁷⁾.

Die Rechtsprechung ist aber nicht einheitlich. Es gibt auch Fälle, in denen dem Schweigen ausdrücklich keine Bedeutung beigemessen wird ²⁸⁾.

Die Lehre bezieht, wie so oft, keine eindeutige Stellung. Es gibt Autoren ²⁹⁾, die überhaupt keine Unterscheidung treffen und auch solche ³⁰⁾, die nur Kaufleute an ihr Schweigen binden wollen.

bb) Deutsche Lösung

Wie schon bei der Untersuchung des § 362 HGB festgestellt wurde, spielen auch im deutschen Recht laufende Geschäftsverbindungen eine entscheidende Rolle bei der Bewertung des Schweigens.

27) Cour d'appel a.a.O.: "qu'il a d'ailleurs implicitement confirmé son acceptation par sa lettre du 24. oct. par laquelle il pria ses acquéreurs de lui fixer un rendez-vous pour mettre au point les baux.", s.a. Cass. civ. 24.Febr. 1943, S.1944.I.31, Paris 19.2.1920, D. 1923. II. 35.

28) Trib. Seine 24.2.1914, D. 1917.2.81, Cass. 11.10.1962, Bull. IV. 590, Nr. 712.

29) Z.B. Perreau, Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, Rev. tr. dr. civ. 1911, S. 273.

30) Littmann, a.a.O., S. 146.

Doch ist es, wie schon § 362 HGB zeigt, oft nur ein zusätzliches Erfordernis ³¹⁾, das aber auch allein entscheidend sein kann, wenn gerade die ständigen Geschäftsverbindungen den Beweis für eine lange gehandhabte Übung in der Abfassung bestimmter Verträge liefern können ³²⁾. Immer muß es sich aber um ständige Geschäftsverbindungen handeln, was im Gegensatz zum französischen Recht steht, das auch einmalige Vorverhandlungen ausreichen läßt.

Der wichtigste Unterschied ist darin zu sehen, daß das deutsche Recht einen Nichtkaufmann nicht an sein Schweigen bindet, wie folgender Fall aus dem deutschen Recht zeigen soll ³³⁾ :

Ein Architekt hatte für den Beklagten als Bauherrn durch Vertrag die Beschaffung von 6 Mietshäusern einschl. Grund und Boden übernommen. Der Beklagte hatte dem Architekten für die Neubauten die gesamte Bearbeitung übertragen.

Die Durchführung des Bauprojektes wurde durch den Ausbruch des Krieges verhindert und schließlich unmöglich.

Der Rechtsnachfolger des Architekten forderte ein Teilhonorar. Der Beklagte schwieg. Die Klage wurde vom OLG abgewiesen, die Revision blieb erfolglos .

Der OGH der brit. Zone führte in seiner Begründung ³⁴⁾ aus, daß "Schweigen in der Regel als Ablehnung gilt". Nur ausnahmsweise könnte man in dem Schweigen eine zustimmende Willenserklärung ³⁵⁾ sehen.

31) Haupterfordernis bei § 362 ist das Sicherbieten für eine Geschäftsbesorgung, was das französische Recht als alleinige Voraussetzung ansieht. Deshalb muß man die Untersuchungen getrennt vornehmen, weil das französische Recht im Vergleich zu § 362, 663 BGB nur auf die Natur des Vertrages abstellt, nicht noch zusätzlich ständige Geschäftsbeziehungen heranzieht.

32) S.z.B. BB OLG Düsseldorf 1960, 422 (s.AGB),

33) OGH BrZ, NJW 49,943.

34) OGH BrZ, NJW 49,943.

35) Zu dem Problem, ob das Schweigen eine Willenserklärung ist, s.o.S.52 ff.

Das Gericht verwies dabei besonders auf das Handelsrecht, lehnte es aber im vorliegenden Fall ab, daß Umstände, die aus dem Schweigen eine zustimmende Willenserklärung machen könnten, vorhanden seien. Vielmehr würde schon das Bestehen vertraglicher Beziehungen zur Begründung einer Rückäußerungspflicht nicht ausreichen. Eine einmalige Geschäftsbeziehung genügt somit noch nicht, das Schweigen im nichtkaufmännischen Verkehr als Annahme zu werten. Zusätzliche Umstände sind also noch im deutschen Recht erforderlich, um einem passiven Verhalten eine positive Wertung geben zu können. Es muß - ähnlich wie im französischen Recht - von Fall zu Fall entschieden werden, ob besondere Umstände ein Schweigen als Annahme rechtfertigen. Denn eine Geschäftsbeziehung schafft einen Vertrauenstatbestand, der im Handelsrecht ausgeprägter ist, weil kaufmännische Beziehungen auf einem schnellen, reibungslosen Ablauf der Verträge basieren, und somit die Kaufleute gesteigerten Sorgfaltspflichten unterworfen sind.

Antwortet ein Kaufmann nicht, dann muß man sein Schweigen eher als Zustimmung auffassen, weil man eine sofortige Antwort erwarten durfte.

Den Nichtkaufmann erachtet man hingegen als schutzwürdiger, weil er nicht wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt. Dies könnte sich aber ändern, wenn auch er einen Vertrauenstatbestand durch äußere Umstände dahingehend setzt, die es rechtfertigen würden, daß der Geschäftspartner in seinen Interessen geschützt wird ³⁶⁾. Es besteht somit ein Unterschied zum französischen Recht, weil man in Frankreich den Rahmen großzügiger anlegt, um auch Nichtkaufleute bei "relation d'affaires" an ihr Schweigen binden zu können, doch zielt auch das deutsche Recht im Endeffekt auf das gleiche Ergebnis ab.

36) Palandt-Heinrichs, Anm. 3 vor § 116

Denn unter besonderen Umständen wäre eine Auslegung des Schweigens des Nichtkaufmanns als Zustimmung zu rechtfertigen, wenn er ähnlich wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teilnimmt.

c) "usages commerciaux"

Die Bezugnahme auf die "usages commerciaux" ³⁷⁾ ist bei der Begründung einer "silence-acceptation" fast genauso häufig wie die auf die "relation d'affaires". Oft bilden sie auch zusammen die Rechtfertigung für eine positive Wertung des Schweigens.

Was kennzeichnet nun einen Handelsbrauch? Unter einem Handelsbrauch versteht man eine tatsächliche Übung, die im Handelsverkehr unter Kaufleuten von den beteiligten Verkehrskreisen anerkannt ist ³⁸⁾.

Dabei erkennt man nur eine "gleichmässig einheitliche und freiwillige tatsächliche Übung" an ³⁹⁾.

Besteht nun ein Handelsbrauch über einen gewissen Zeitraum hinweg, dann müssen die Kaufleute im deutschen Recht gem. § 346 HGB ⁴⁰⁾ im Handelsverkehr darauf Rücksicht nehmen. Rücksicht zu nehmen ist, wie die Bestimmung formuliert, "in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen", d.h., ein Kaufmann muß mit dem Bestehen von Handelsverkehrssitten rechnen und sich auf

37) Baumbach-Duden, 20. Aufl., 1972, § 346 HGB Anm. 1; Ripert, Rep.dr.com., Dall.s. "usages commerciaux" Nr. 1 f; Ferid, Bd. 1, § 3 I B 10.

38) Ratz, HGB-RGRK Anm. 28 zu § 346 HGB; s.a. Ripert, a.a.O.

39) Baumbach-Duden, a.a.O., Anm. 1; Ripert, a.a.O..

40) Im französischen Recht findet man in vielen Vorschriften den Begriff "usages commerciaux", s. Ferid, a.a.O., I B 11.

sie einstellen; er darf sie also nicht ignorieren.

Am Beispiel des kaufmännischen Bestätigungsschreibens (aa) und der Rechnung(bb) soll nun untersucht werden, ob das Schweigen im Handelsverkehr auf diese Mitteilungen an bestehenden Handelsbräuchen zu messen ist. Sollte dies der Fall sein, dann stellt sich die weitere Frage, ob das Schweigen als Zustimmung zu werten ist.

Da die Probleme bei diesen beiden Rechtsinstituten (Bestätigungsschreiben und Rechnungen) so vielschichtig sind, wird auf eine Aufteilung in deutsche und französische Lösung verzichtet. Vielmehr empfiehlt es sich, eine Gegenüberstellung gleich bei jedem Teilproblem vorzunehmen.

aa) Die Bewertung des Schweigens auf ein deklaratorisches Bestätigungsschreiben⁴¹⁾

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist, wie die Wortbedeutung besagt, ein Schreiben, das ein Kaufmann einem anderen im Anschluß an Vertragsverhandlungen übersendet.

Es ist eine Erscheinung des Geschäftslebens, die beide Rechtssprechungen mehr oder weniger zu einem Rechtsinstitut

41) Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist von der Auftragsbestätigung abzugrenzen. Darunter versteht man auch in Frankreich ein Schreiben, mit dem die Annahme eines Vertragsangebotes erklärt wird (bon commande), doch reicht der Begriff der Auftragsbestätigung allein nicht aus, weil man idR alle fraglichen Geschäftsschreiben damit überschreibt; siehe Diederichsen, Der "Vertragsschluß durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben", Jus 1966, 129, 131; zur unklaren Vermischung von Vertragsannahme (Auftragsbestätigung) und Bestätigungsschreiben, Krause, BB 1952, 996 ff

entwickelt haben 42).

Grundlage ist eine dafür unter Kaufleuten vielfach anzutreffende Übung, sich den mündlich, meist fernmündlich erfolgten Vertragsabschluß, in seinen Einzelheiten noch einmal schriftlich zu bestätigen 43).

Zweck ist es somit, eine schnelle und eindeutige Klärung und Fixierung dessen zu bewirken, was während der Vertragsverhandlung abgesprochen wurde. Es soll Streitigkeiten über die vertraglichen Verpflichtungen der Vertragspartner vorbeugen und der Rechtssicherheit dienen. Diesen Zweck kann das Bestätigungsschreiben aber nur erfüllen, wenn man den Inhalt des Schreibens als verbindlich ansieht, auch für den Fall, daß der Empfänger schweigt.

Damit stehen sich aber die Interessen des Schreibenden und des Empfängers gegenüber, wobei letzterer möglicherweise an einen Vertrag gebunden werden kann, der mit abweichenden Bedingungen des Bestellers im Bestätigungsschreiben zustandegekommen ist.

42) Während man in Deutschland viele Abhandlungen in der Literatur (s.v.allem Diederichsen, a.a.O., Jus 1966, 129 ff) und eine reichhaltige Rechtsprechung (z.B. RGZ 54,179; 95,48; 103,405; 114,283; 123,100; 129,348; BGHZ 7,187; 11,1; 18,216; 20,149; 40,42) vorfindet, ist es in Frankreich nur die Rechtsprechung, die sich mit nur wenigen Entscheidungen mit dem Problem auseinandergesetzt hat. Vgl. aber Bonassies, in Schlesinger, Formation of Contracts, Bd.2, French Report, B-5, II E. 3, der sich auch nur auf Entscheidungen stützt.

43) Voirin, D.B. 1939, I.5, der das Bestätigungsschreiben nur kurz erwähnt.

Dies würde seinem Willen und damit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit widersprechen.

Es müßte also eine Rechtfertigung vorliegen, wenn der Schweigende auf ein Bestätigungsschreiben an den Vertrag gebunden wird.

Dazu bedarf es einer Untersuchung der verschiedenen Arten eines Bestätigungsschreibens.

Handelt es sich nur um eine bestätigende Zusammenfassung eines bereits mündlich vereinbarten Vertragsinhaltes, dann ist das Bestätigungsschreiben rechtlich trotzdem nicht bedeutungslos. Vielmehr kann es der Klarheit und der Beweisbeständigkeit dienen. Das deutsche Recht spricht deshalb von einem "deklaratorischen" Bestätigungsschreiben⁴⁴⁾, weil der Vertrag bereits vor Absendung des Bestätigungsschreibens mündlich oder in sonstiger Form zustande gekommen ist. Dieses Bestätigungsschreiben hat somit die Bedeutung eines Beweismittels⁴⁵⁾, was auch in Frankreich angenommen wird.

Valéry schreibt dazu, daß nach seiner Ansicht ein Bestätigungsschreiben nur die Wirkung eines Beweises haben könne⁴⁶⁾.

44) Vgl. statt aller Flume, A.T. § 36.3, S. 663; gegen die Unterscheidung von deklaratorischer und konstitutiver Wirkung, Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933, S. 9 ff.

45) In praktischer Hinsicht kann das Bestätigungsschreiben Mißverständnisse bereits bei Vertragsverhandlungen und unzutreffende Erinnerungen der Beteiligten ausräumen; s. Diederichsen, a.a.O., S. 130; hierzu bedarf es keines Beweisvertrages; die Beweiswirkung tritt auch ohne "Annahmeerklärung" des Empfängers ein (a.A. Siller, JR 1927, Sp. 289).

46) Valéry, "Les lettres de confirmation ne constituent qu'une formalité utile pour faciliter la preuve de la convention, mais nullement indispensable à son existence". Anm. unter Req. 14. Mai 1912, D.P. 1913. I 281.

Wird jetzt von einer der Parteien der Vertragsinhalt oder der Vertragsabschluß bestritten, so kommt dem Verhalten des Empfängers auf ein Bestätigungsschreiben in beiden Rechtsordnungen entscheidende Bedeutung zu. Schweigt er nämlich nach deutschem Recht auf dieses Bestätigungsschreiben ohne zu widersprechen, so wird sein Schweigen als Zustimmung gewertet ⁴⁷⁾.

-
- 47) Sanktion für das nicht den Handelsbrauch entsprechende Verhalten des Empfängers ist demzufolge die Bindung an den Inhalt des Bestätigungsschreibens. Ein derartiges Verhalten kann man im deutschen Recht erwarten, weil dem Kaufmann für den Fall des Nichteinverständnisses mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens die Obliegenheit zum Widerspruch auferlegt wurde, Schlegelberger-Hefermehl, HGB, § 347 Nr. 117, BGHZ 40,42,84 = BB 1963, 917. Dabei kommt es bei der Wertung des Verhaltens nur auf objektive Gesichtspunkte an, d.h., Rechtsprechung und Lehre sehen bewußt davon ab, im Schweigen auf das Bestätigungsschreiben eine "stillschweigende Willenserklärung" zu sehen, zur dogmatischen Begründung s. Die-derichsen, JuS 1966, 129 ff., der auf das Vertrauensprinzip abstellt. Danach schaffe das Schweigen auf ein im Rahmen des kaufmännischen Geschäftsverkehrs abgegebene Bestätigungsschreiben einen Vertrauenstatbestand, der zwischen den Parteien ein vertragsgleiches Rechtsverhältnis mit dem in dem Schreiben festgesetzten Inhalt entstehen ließe. Für den Vertrauensschutz bestehe kein Bedürfnis, wenn der Empfänger dem Schreiben unverzüglich widerspräche und dadurch den Vertrauenstatbestand zerstöre. In diesem Fall entfielen die Vertragswirkung, s.a. Krause, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933, S. 128 ff., der im Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben einen "typischen Erklärungstatbestand mit normierter "Wirkung" erblickte, und daraus das erforderliche Einverständnis mit dem Vertragsinhalt fingiert. Er zog dabei die Parallele zu § 362 HGB: "Nicht nur durch Gesetz sondern auch durch Verkehrsauffassung und Handelssitte kann die Wirkung typischer Erklärungsakte normiert werden"! Kuchinke, JZ 1965, 167.

Von einem deutschen Kaufmann wird erwartet, daß er ein solches Schreiben sorgfältig liest und unverzüglich⁴⁸⁾ widerspricht, wenn es den Vereinbarungen nicht entspricht⁴⁹⁾. Unterläßt er diesen Widerspruch, so gilt der Vertrag mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens als geschlossen.

Das Bestätigungsschreiben "beweist" somit den Vertragsabschluß und den Vertragsinhalt.

Ähnlich hat der Kassationshof am 15.3.1944 folgenden Fall entschieden⁵⁰⁾:

Die Vertragsparteien hatten einen Vertrag über den Kauf von Fischen abgeschlossen, in dem der Verkäufer dem Käufer einen Kredit gewährte. Der Käufer ging davon aus, daß die Realisierung dieser Kreditgewährung mit dem Einlaufen der Schiffe in den Bestimmungshafen einsetze. Nach Vertragsschluß sandte der Verkäufer ein Bestätigungsschreiben, in dem er darauf hinwies, daß die Kreditgewährung mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu laufen beginne. Auf diesen Brief antwortete der Käufer nicht.

Der Kassationshof führte dazu aus, daß bei der Bewertung des Schweigens als Zustimmung sich der Cour auf die "coutume commerciale" stütze, nach der eine Pflicht bestünde, zu protestieren, wenn das Bestätigungsschreiben nicht den ursprünglichen Vereinbarungen entspricht. Dies

48) Im deutschen Recht werden in dieser Hinsicht an einen Kaufmann strenge Anforderungen gestellt. So hält RGZ 105,389 ff einen Widerspruch 8 Tage nach Eingang des Schreibens schon für verspätet; nach BGH NJW 1962, 246 wird eine Frist von 3 Tagen als Höchstmaß gesetzt. In Frankreich findet man eine Entscheidung, bei der nach 5 Tagen ein Widerspruch zu spät kam, Rennes, 24.1.1925, G.P. 1925 I. 702.

49) Auch im französischen Recht ist dieser Handelsbrauch zu finden, s.Anm.u.S.1945.I.40: "en matière commerciale la rapidité de transactions exige qu'une lettre de confirmation non conforme à la convention soit suivie d'une protestation immédiate".

50) Cass.Req. 15.3.1944. S.1945. I.40.

habe der betroffene Kaufmann einen Monat lang unterlassen, so daß man sein Schweigen nur als Zustimmung auffassen könne ⁵¹⁾.

Dabei sei dieser Handelsbrauch (usage commercial) Tatfrage (question de fait), deren Beurteilung der "appréciation souveraine" der Tatrichter unterliege ⁵²⁾.

Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht einheitlich in ihrer Begründung. In einem anderen Fall wurde darin, daß ein Käufer ohne Widerspruch einen Bestellzettel und ein Bestätigungsschreiben empfangen hat, eine Vermutung gesehen, die es erlauben würde, das Schweigen nur als Zustimmung zu werten ⁵³⁾.

Generell kann man aber festhalten, daß in beiden Rechtsordnungen ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ein Beweismittel ist, das sich aus den Bräuchen der Kaufleute entwickelt hat, und das "seinen Beweiswert aufgrund des Schweigens des Empfängers gewinnt" ⁵⁴⁾.

51) Cass.Req. a.a.O.: "...daß sich eine solche Interpretation nur stützen könnte auf "la coutume commerciale selon laquelle il est fait un devoir de protester lorsque les lettres de confirmation ne sont pas conformées à la convention". Diese Regel gilt aber nur, wenn beide Parteien Kaufleute sind, siehe dagegen die Erweiterung der deutschen Rechtsprechung (Kuchinke, JZ 65,167) auf solche, die wie Kaufleute am Geschäftsleben teilnehmen. Diese Einstellung der französischen Gerichte ist nicht absolut zu sehen, sondern sie hängt in Frankreich vom Einzelfall ab.

52) Ferid, Bd. 1, § 3 I B 17.

53) Trib. com. Le Havre 2.5.1955, Rec. Le Havre 1955.I.300.

54) Schlechtriem, Entwicklung und Rolle des Bestätigungsschreibens im deutschen Recht, gemeinsames Seminar der Jur.Fak. von Montpellier und Heidelberg (1974), S. 28; s.a. Trib. com. Nantes, 28.1.1924, G.P. 1925. I. 702.

- bk) Die Bewertung des Schweigens auf ein konstitutives Bestätigungsschreiben

Die deutsche Rechtsprechung geht aber noch weiter und läßt selbst in solchen Fällen den Inhalt des Bestätigungsschreibens maßgeblich sein, in denen nachweislich die Parteien anderes verabredet hatten oder nicht einmal zur Einigung gekommen waren ⁵⁵⁾.

Das Bestätigungsschreiben wirkt somit "konstitutiv", d.h., wenn angenommen werden muß, daß die Parteien das Inkrafttreten des Vertrages oder jedenfalls die endgültige Festlegung des gesamten Inhalts des Vertrages bis auf den Zugang des Bestätigungsschreibens haben hinauschieben wollen.

Eine solche Annahme ist z.B. dann gerechtfertigt, wenn die Parteien eine ausdrückliche Bestätigung ihrer Ver-

55) Weil das Bestätigungsschreiben ein Beweismittel nur unter vielen wäre, könnte es auch mit einem Gegenbeweis z.B. mittels Zeugenvernehmung angegriffen werden. Abweichungen und Weglassungen würden Bestand der getroffenen Vereinbarungen somit nicht berühren (OLG Dresden, Seuff.Arch. 73. Nr. 93.S.158). Der Bestätigende hätte nicht in ausreichendem Maße die Gewähr, das Bestätigungsschreiben als endgültige Vertragsgrundlage ansehen zu können. Dies würde aber die durch das Schreiben des Empfängers erzeugte Vermutung der Richtigkeit angreifen und den Zweck des Bestätigungsschreibens entwerten. Deshalb hat die deutsche Rechtsprechung schon früh dem Bestätigungsschreiben die Bedeutung zuerkannt, daß es verbindliche Niederlegung des Vertragsinhalts sei, d.h. ein Gegenbeweis ist nicht mehr zulässig (RG, LZ 1923, 343). Folge davon war, daß der Empfänger die in dem Bestätigungsschreiben enthaltenen Abreden gegen sich gelten lassen muß (OLG Köln, BB 1970, 286).

56) Götz/Huhn, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, S. 18.

einbarungen ausgemacht haben ⁵⁷⁾, oder wenn überhaupt regelungsbedürftige Punkte noch offengeblieben sind ⁵⁸⁾.

Trotz der grundsätzlichen Einstellung der französischen Gerichte und der wenigen französischen Autoren, die sich mit diesem Problem überhaupt befaßt haben, daß das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben keinen Vertrag zustande bringen könnte ⁵⁹⁾, ließ die Cour de cassation es auch in einer Entscheidung zu, daß ein Bestätigungsschreiben konstitutive Wirkung haben kann, weil es die Parteien so verabredet hatten ⁶⁰⁾. Doch bei außerhalb einer solchen Vereinbarung liegenden Fällen ist die Rechtsprechung nicht so großzügig wie die deutschen Gerichte, die auch ein Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben bei einem in Wirklichkeit nicht erfolgten Vertragsabschluß ⁶¹⁾ als Annahme

57) Valéry, a.a.O.: daß man, auch wenn die Parteien es vereinbart hätten, immer noch die Absicht der Parteien untersuchen müßte, die sie den "lettres de confirmations" beilegen wollten.

Dem scheint sich die neuere Rechtsprechung angeschlossen zu haben. Der Kassationshof erklärte am 22.1.1958, daß "la commande devait, pour produire effet, être expressement confirmée par l'entreprise vendeuse, Bull. civ. 1958. III. S. 84 Nr. 48; s.a. Cass.civ. 6.Juli 1966, Bull.civ. 1966. II. S.520, Nr. 737.

58) S. dazu, "modifiziertes Angebot", wo die französische Auffassung aufgezeigt wird, S.108 ff.

59) Valéry, a.a.O.

60) Valéry, a.a.O.

61) Die Rechtsprechung unter Zustimmung der Lehre hat somit auch die Bindungswirkung des Schweigenden auf die Fälle ausgedehnt, in denen ein Vertragsschluß bestätigt wird, der in Wirklichkeit nicht erfolgt ist. S.z.B. BGHZ 7,187; BGH NJW 1964, 1951, 1965,965; BGH, DB 1970,2069 (2); s.a. Ratz, RGRK HGB § 346 Anm. 105; Flume, A.T. § 36.3, S. 663.

auslegten ⁶²⁾.

Während man im deutschen Recht davon ausgeht, daß das Bestätigungsschreiben deshalb "konstitutiv" wirken soll, um Prozesse zu verhindern, die nach widerspruchslosem Empfang eines Bestätigungsschreibens über die Gültigkeit und den Inhalt des bestrittenen Vertrages angestrengt werden könnten ⁶³⁾, ist man sich in Frankreich einer solchen Bedeutung gar nicht bewußt, sondern man versucht, im Rahmen des ursprünglichen Vertrages noch mögliche Änderungen durch das Bestätigungsschreiben zuzulassen, die einerseits den Wünschen des Bestätigenden entsprechen, andererseits aber auch den Schweigenden nicht unnötig belasten sollen.

Den Wünschen des Bestätigenden wird insoweit Rechnung getragen, als man eine vollständige Klärung aller wichtigen Vertragspunkte ⁶⁴⁾ nicht erwarten kann. Deshalb hat der Bestätigende durch das Bestätigungsschreiben noch die Mög-

62) Das französische Recht geht grundsätzlich von einem noch bestehendem Vertragsschluß aus, der durch das Bestätigungsschreiben bewiesen werden soll, Trib.com. Marseille, 10.10.1882, D.P. 1883. II.236; Cour d'appel Montpellier, 22.7.1904, D.1905. II.296, doch findet man auch einige Entscheidungen, die der deutschen Auffassung entsprechen, s.Cass.Req. 22.3.1920, S.1920. I.208; Trib.com. Nantes 19.5.1906, D.P.1908. II.313; Cour d'appel Nantes, 17.11.1917 Rec. Nantes 1918. I.67; Trib.com. Le Havre, 2.5.1955, Rec. Le Havre 1955. I.300; Trib.com. Dunkerq. 9.1.1961, D.1961. II.68.

63) Man will vor allem den praktischen Bedürfnissen unter Handelsleuten gerecht werden. Rechtlich gesehen hat man damit eine Durchbrechung der allgemeinen Normen über das Zustandekommen von Verträgen in Kauf genommen, s. Schmidt-Salzer, BB 1971, 593.

64) Hinsichtlich der neu in den Vertrag eingeführten Klauseln ist im deutschen Recht darauf zu achten, daß sie sich innerhalb des durch den abgeschlossenen Vertrag gesteckten Rahmens halten müssen. Es darf zu keiner Umgestaltung des geschlossenen Vertrages kommen, vielmehr müssen die neuen Klauseln in sachlichem Zusammenhang mit den tatsächlichen Vereinbarungen stehen, BGHZ 7,187 (190); BGHZ 13,44; BGH NJW 1970, 2104; s.a. Kuchinke, JZ 1965, 172.

lichkeit, diese Punkte zu klären, wie folgender Fall vom Kassationshof, am 8. April 1936 entschieden, zeigt:⁶⁵⁾

Ein Verkäufer von Schweinen schickte nach Vertragsabschluß noch zwei Bestätigungsschreiben an den Käufer, in denen er einige Vertragsänderungen vorschlug. Diese gewünschten Änderungen berührten nur die Lieferung der Schweine und nahmen ansonsten keinen Bezug auf sonstige Vertragspunkte. Der Käufer schwieg auf beide Briefe. Der Verkäufer lieferte nun unter den neuen Bedingungen, worauf der Käufer die Annahme verweigerte.

Der Cour d'appel verwarf die Berufung des Käufers und unterstützte die Entscheidung des Tribunals, das das Schweigen als Zustimmung zu den Änderungswünschen ansah.

Auch nach Ansicht der Cour de cassation wurde das Schweigen als Zustimmung gewertet. Der Gerichtshof führte dazu aus, daß der Verkäufer nur das Ziel gehabt habe, jeglichen Irrtum beim Käufer zu vermeiden, indem er ihm mitteilen wollte, was er unter seinen Verpflichtungen verstand, und wie er sie ausführen wollte. Eine andere Absicht, z.B. eine Änderung des Vertragsobjektes vorzuschlagen, hätte aber nicht mehr im Rahmen der zugelassenen Modifikationen gelegen. Doch eine solche Absicht könne man dem Verkäufer nicht nachweisen, vielmehr läge nur eine Interpretation des Grundvertrages vor, die man zulassen müsse.

Der Kassationshof machte also eine Unterscheidung zwischen einer "lettre interprétative" und einer "lettre modificative", wobei präzise Unterscheidungskriterien nicht vorhanden sind. Vielmehr besteht der Anschein, daß bei der richterlichen Wertung eines derartigen Falles, jede einzelne Bedingung in dem Bestätigungsschreiben in Relation zu der bestehenden

⁶⁵⁾Cass.Req.8.April 1946,G.P.1936. II,607.

Rechtsordnung gesetzt wird, d.h., ist die Klausel eine Folge dispositiven Rechts (z.B. die Gerichtsstandsklausel),⁶⁶⁾ wird sie von den Richtern als Ausnahme gewertet. Ausnahmen aber können je nach Sachverhalt als wichtige Änderung (modification importante) betrachtet werden, die nicht mehr unter den Begriff "lettre interprétative" fallen.

In Deutschland hingegen wird bei zusätzlichen Bedingungen in dem Maße keine Unterscheidung wie in Frankreich getroffen. Eine Grenze sieht die deutsche Rechtsprechung nur darin, daß der Bestätigende nicht versuchen darf, zusätzliche Bedingungen einzuführen, von denen er weiß, daß sein Vertragspartner sie bei offenen Vertragshandlungen nicht akzeptiert hätte⁶⁷⁾.

Eine Einschränkung wird weiterhin dahingehend gemacht, daß der Umfang der Abweichung von Vertrag und Bestätigungsschreiben darüber entscheiden soll, ob der Bestätigende mit einem Einverständnis überhaupt rechnen konnte⁶⁸⁾.

Die deutsche Rechtsprechung verfährt dabei äußerst großzügig und läßt ganz erhebliche Divergenzen zu, die teilweise auch im französischen Recht zu finden sind⁶⁹⁾, so in Hinsicht auf die Gerichtsstandsklausel, wenn sie klar und deutlich ist, obwohl auch hier gegensätzliche Entscheidungen möglich sind. Bezüglich der Schiedsklausel, die nach deutschem Recht auch zugelassen wird⁷⁰⁾, bestehen in der

66) Gerichtsstandsklausel in Frankreich, s. Art. 420 C. proc. Civ.

67) Die Rspr. benutzt hier die Formel, daß die Bindungswirkung des Schweigens nicht eintritt, wenn sich sein Inhalt so weit von dem Vereinbarten entfernt, daß der Absender mit einer Billigung durch den Empfänger nicht rechnen konnte, z.B. BGH NJW 1970, 2104.

68) BGH NJW 1970, 2104.

69) Cass. civ. 6.7.1966, Bull. civ. 1966. II. S. 520 Nr. 737

70) BGH DB 1970, 1777 (1778); BGHZ 7, 187.

französischen Rechtsprechung gegensätzliche Auffassungen. Während die Cour de cassation eine Unterscheidung des Prinzip der "silence acceptation" anwendet ⁷¹⁾, scheuen sich die Untergerichte ⁷²⁾, einfach von einer "silence acceptation" auszugehen, obwohl auch hier wieder Ausnahmen bestehen ⁷³⁾.

Es bleibt die Tatsache festzuhalten, daß der höchste französische Gerichtshof noch in einem Bestätigungsschreiben mit Schieds- oder Gerichtsstandsklausel eine "lettre interprétative" sieht, d.h., die Cour de cassation erkennt damit noch eine leichte Veränderung des Grundvertrages an, der durch das Schweigen ergänzt werden kann.

Ob auch andere Klauseln stillschweigend angenommen werden können, z.B. eine Freizeichnungsklausel, wird zwar allgemein bejaht, doch wird von Fall zu Fall entschieden, ob nicht eine "modification importante" des Grundvertrages vorliegt ⁷⁴⁾.

Ferner muß die Einstellung der französischen Gerichte berücksichtigt werden, die beim Schweigen auf nachträglich eingeführte Klauseln in Rechnungen ⁷⁵⁾ oder in sonstiger Korrespondenz ⁷⁶⁾ durchweg ablehnende oder einschränkende Meinungen vertreten, beim Bestätigungsschreiben aber anscheinend die besondere Funktion als Beweis- und Interpre-

71) z.B. Cass.civ. 17. Okt. 1961, D. 1962. 106, J. C.P. 1961. 2.12383; Cass. 9.1.1933, S.1933 I. 145.

72) Oran, 2.7.1959, u. Cass. 17. Okt. 1961 a.a.O.; Paris, 21.6.1963, G.P. 1963. II.457; Paris, 25.11.1952, D. 1953.43.

73) Orléans, 18.1.1960, D.1960 Somm. 87.; Rouen 24.11.1935, Rec. La Havre 1936. II.16.

74) S. dazu Littmann, Le silence dans la formation du contract, Straßburg, 1969, S. 370 f.

75) S. dazu unten cc) Die kaufmännische Rechnung, S.154.

76) S.z.B. Cass.civ. 5.12.1973, Rec.Dall. 1974, s.398. Die Klausel befand sich im Prospekt der Reiseagentur; s.a. Cass.civ. Bull.civ. 1971. II.237.

tationsmittel würdigen ⁷⁷⁾.

Geht man z.B. von den im französischen Recht sehr strengen Bestimmungen über Sachmängel aus, dann müssen Freizeichnungsklauseln ausdrücklich vereinbart werden, weil sie die gesetzlichen Regeln abändern ⁷⁸⁾. Der Verkäufer muß nachweisen, daß der Käufer die Haftungsbeschränkung bei Vertragsschluß kannte und billigte. Freizeichnungsklauseln sind also grundsätzlich unwirksam, wenn sie der Verkäufer einseitig, z.B. auf Rechnungen, dem Käufer übermittelt ⁷⁹⁾.

Sieht man von dem Problem der Freizeichnungsklauseln ab, bestehen zwischen der französischen und der deutschen Rechtsordnung im Ergebnis nur geringe Unterschiede. Beide Rechtsordnungen würdigen das Bestätigungsschreiben als ein Beweismittel und lassen, jede auf ihre Art, zusätzliche Bedingungen zu, wobei die deutsche Rechtsprechung großzügiger in Hinsicht auf die Divergenzen zwischen Vertrag und Bestätigungsschreiben ist.

Bezüglich eines noch nicht abgeschlossenen Vertrages, dem ein Bestätigungsschreiben folgt, scheint das deutsche

77) S.bes.Trib. gr. inst., Paris 7.3.1968, Juris. Cl.P. 1969, Somm. S.40: "La facture envoyée par le vendeur n'a que la valeur d'un document unilatéral, tandis que la confirmation émanante d'un courtier mandataire commun des contractants, constitue, lorsqu'elle est expressément ou même tacitement acceptée, la convention des parties".

78) In Art. 1627, 1643 C.c. ist ausdrücklich vorgesehen, daß 1641 C.c. der Disposition den Parteien unterliegt. In der Praxis unterwerfen die Gerichte jedoch haftungsbeschränkende Klausel erschwerten Bedingungen, die deren Bedeutung einengen.

79) Malinvaud, La Semaine Juridique, 12.3.1975, 2690.

Recht den Rahmen weiter als die französische Rechtsprechung auszudehnen⁸⁰⁾, wo nur einige Untergerichte eine solche Erweiterung zulassen, und somit die Bindungswirkung des Schweigens in diesen Fällen ermöglichen⁸¹⁾.

- cc) Die Bewertung der kaufmännischen Rechnung aus deutscher und französischer Sicht

Zu den rechtlich bedeutendsten Geschäftsschreiben muß man auch die kaufmännische Rechnung zählen, die aber neben dem Bestätigungsschreiben oder der Auftragsannahme nur äußerst knapp in der deutschen Rechtsprechung und Lehre erörtert wird⁸²⁾.

-
- 80) Die deutsche Rechtsprechung hat sogar dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben eine Bindungswirkung beigelegt, indem der Vertragsschluß bestätigt wird, obwohl er mit einem vollmachtslosen Vertreter abgeschlossen worden ist, (BGH BB 1967,902). Mit einem Bestätigungsschreiben kann sich der Bestätigende Gewissheit darüber verschaffen, daß auf der anderen Seite durch berechnigte Vertreter der Vertrag abgeschlossen worden ist. Er muß nicht befürchten, daß durch das Schweigen der Vertrag nicht zustandegekommen ist. Während der Bestätigende ansonsten gem. § 177 II BGB nur nach zwei Wochen die Möglichkeit durch das Gesetz eingeräumt bekommt, eine klare Rechtsposition zu besitzen, hat er damit eine stärkere Sicherheit, denn ein Bestätigungsschreiben hat somit die umgekehrte Wirkung einer Genehmigungsaufforderung. Ein solcher Fall wäre im französischen Recht nicht möglich, weil hier alles in den Händen des Vertretenen liegt (s.o.S.77 f), und die Möglichkeit einer Genehmigungsaufforderung zwar bestehen kann, aber an ihre Nichtbeantwortung das französische Recht keine Rechtsfolgen knüpft.
- 81) Das Problem sich kreuzender Bestätigungsschreiben mit verschiedenem Inhalt wird unten bei der stillschweigenden Einbeziehung von allgem. Geschäftsbedingungen behandelt werden, doch scheint man das Bestätigungsschreiben des Verkäufers vorzuziehen, Trib.civ. Seine, 28.4.1930, D.H. 1931 Somm. 29.
- 82) Dausès, Die rechtliche Bedeutung der kaufmännischen Rechnung, DB 1972, 45; Anders, Die Faktura, JR 1934, 90 f.

Im Gegensatz dazu schenkt die französische Rechtsordnung⁸³⁾ der "facture" mehr Beachtung, was aber wieder zu Lasten des kaufmännischen Bestätigungsschreiben geht, das nicht die-
se eigenständige Stellung wie im deutschen Recht hat. Deshalb kann man in Frankreich viele grundsätzliche Einstellungen im Hinblick auf die Rechnung auch bei dem Bestätigungsschreiben wiederfinden oder umgekehrt, weil hier im Rahmen der Untersuchung von der Erörterung des Bestätigungsschreibens zuerst ausgegangen wurde.

Nach allgemeiner Geschäftsübung versteht man unter einer Rechnung eine zergliederte Aufstellung über die in Erfüllung vertraglicher Pflichten gelieferten oder zu liefernden Waren, bzw. geleisteter oder zu leistenden Dienste des Fakturierenden. Zugleich wird das zu entrichtende Entgelt des Rechnungsempfängers angegeben⁸⁴⁾.

Danach ist eine Rechnung meistens nur zur Angabe der Warenmenge und des Preises bestimmt, weitere Zusätze wurden sogar von der früheren deutschen Rechtsprechung für unbeachtlich erklärt, weil eine Rechnung nicht zur Aufnahme von anderen rechtserheblichen Mitteilungen geeignet sei⁸⁵⁾.

Doch das änderte sich mit der kaufmännischen Geschäftspraxis, so daß z.B. der Zeitpunkt der Bewirkung der Preis-schuld, sonst Hauptbestandteil des Vertrages, in eine Rechnung aufgenommen wurde⁸⁶⁾.

83) In Frankreich existierte schon eine Ordonnanz v. 1681, die besagte, daß "la valeur des marchandises sera justifiée par livres ou factures", s. Savatier, La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en dr. cont., Rev. tr. dr. com., 1973, 1 ff.

84) Savatier, a.a.O.: ... comme l'écrit conforme aux écritures propres du fournisseur de prestations, que celui-ci remet au débiteur du prix de ses prestations, pour justifier sa créance en regard du compte de ses fournitures, et inviter son client à la payer".

85) RG JW 1922, 1717.

86) S. bes. Dausen, a.a.O., S. 2146 b.

Während sich in Deutschland allmählich die Auffassung durchsetzte, daß eine Rechnung nur zur Angabe von Warenmenge und Preis bestimmt und geeignet sei, und Zusätze nur in Hinsicht auf Waren- und Preisänderung und Leistungszeitpunkt der Preisschuld zugelassen wurden ⁸⁷⁾, kennt man in Frankreich eine solche Unterscheidung nicht.

Nach französischem Recht kann man eine "facture" mit jeglichem Zusatz verbinden. Eine Wertung dieses Zusatzes trifft man aber erst bei der rechtlichen Beurteilung des Schweigens, während das deutsche Recht schon in Bezug auf die Bestimmung der Rechnung mit ihr beginnt. Dabei geht die französische Rechtssprechung von dem Grundsatz aus, daß im Handelsverkehr dem Schweigen auf eine Rechnung mit zusätzlichen Klauseln in der Regel die Bedeutung einer Zustimmung beigemessen wird, weil ein dahingehender Handelsbrauch existiere ⁸⁸⁾.

Ein Teil der Literatur unterstützt diese Darstellung mit teilweise ähnlicher Begründung ⁸⁹⁾, doch vermißt man eine tiefgehende Auseinandersetzung mit den anstehenden Problemen. Häufig ist es nur eine getreue Wiedergabe der Entwicklung der Rechtsprechung ⁹⁰⁾ auf diesem Gebiet, eine Stütze, bzw. Orientierung an

87) RGZ 133, 338; Zweibrücken, OLGZ 1968, 389.

88) Valéry, De l'acceptation des factures par le silence. Réponse Ann.dr. com. 1914. S.118 schreibt: "daß ... depuis des siècles les commercialistes les plus estimés sont tombés d'accord pour décider que tout commerçant qui reçoit une lettre et la laisse sans réponse, doit être présumé, sauf preuve du contraire, avoir adhéré aux déclarations de volonté qu'elle contenait". Cass. civ. 17.6.1903. D.P. 1905. I.348 u. D.P. 1905. I 127. Cass.civ. 6.5.1954 Rev.tr.dr.civ. 54. S.544 Cass.civ. 1.6.1964. Bull.civ. 1964. III S.409 Cour d'appel de Paris, 9.1.1967. Rev.tr.dt.com.67.759 Nr. 6.

89) Hemard, in J.et E. Escarra et J.Rault, Tr.theorique et pratique de dr.com., "Les contrats commerciaux", par J.Hemard, Sirey, 1953, t.1., S. 71, § 137: "Les usages de certaines professions admettent que le silence gardé par l'acquéreur équivaut à une acceptation tacite quand il a reçu sans la facture du vendeur". S.a. Ripert, Tr.élém. de dr.com., 4.Aufl., 1961.t.II., S.121.

90) Carb., Dr.civ., II, S. 351, § 101;
s. Rieg, a.a.O., S.48, Nr.40.

der Lehre hat die französische Rechtsprechung auch in diesem Fall nicht ⁹¹⁾.

Einige wenige Autoren versuchten eine Begründung, indem sie von einer zusätzlichen Interpretationseigenschaft der Rechnung ausgingen ⁹²⁾, was von der Mehrzahl der französischen Lehre abgelehnt wurde.

Sie beziehen sich vielmehr wieder auf den altvertrauten Rechtsatz der "rapport d'affaires" und "usages commerciaux", um zu einer Rechtfertigung des Schweigens als Zustimmung zu kommen ⁹³⁾.

91) Neumayer, Richterl. Kontr.v. AGB, Arb.z. Rechtsvergl., Bd. 41, 1968, S.21 spricht bei der Untersuchung des Problems auch von "positivistischer Unbeweglichkeit". Er bezieht sich zwar auf die richterliche Kontrolle von AGB, doch kann man das auch auf die oben behandelten Probleme anwenden.

92) Valéry, Anm. unter D.P. 1905 I.346 schreibt: " donné par l'acheteur à l'interprétation que son contractant lui propose de donner au contrat", sucht aber nach einer weiteren Stütze, die er, wie so viele Autoren im Handelsbrauch findet: " L'usage, séculaire et universel, voulant qu'entre deux commerçants en relations d'affaires celui qui reçoit une lettre et qui n'en agréé pas le contenu ait le faire savoir sans retard", S.347.

93) Ripert et Boulanger, t. II, a.a.O., S. 61 § 142; Hemard, a.a.O., S. 71, § 137.

Einige Autoren wollen sich nur auf rapport d'affaires berufen, s. Demogue, Tr. d. Obl., t.I., 1923, S. 308 Mazeaud, dr. civ., Bd. II, S. 112, § 137, 1966, wobei prinzipiell davon ausgegangen wird, daß diese Regeln nur auf Kaufleute Anwendung finden sollen. Diese französische Auffassung wird auch im deutschen Recht vorwiegend vertreten, s.z.B. OGH BrZ. Köln NJW 1949, 943.

Selbst das Gesetz (Art. 109 C. com.) zieht nur die Möglichkeit in Erwägung, daß die Rechnung ein Beweis für den Kauf oder Verkauf sei ⁹⁴⁾.

Demgegenüber geht die deutsche Rechtsordnung von der oben erwähnten Begriffsbestimmung der Rechnung aus und bringt unzweideutig zum Ausdruck, daß einseitige Fakturenvermerke über andere Umstände, als Warenmenge und Preis oder den Leistungszeitpunkt der Preisschuld, grundsätzlich unerheblich sind, weil Rechnungen nur zur Angabe von Warenmengen und -preis bestimmt und geeignet seien ⁹⁵⁾.

Versucht nun eine Partei noch im Rahmen dieser Wertung eine Waren- oder Preisänderung vorzunehmen, dann erkennt die Mehrheit der deutschen Lehre eine Obliegenheit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte für den Rechnungsempfänger an, gegen eine vom Vertragsinhalt abweichende Waren- oder Preisangabe in der Rechnung zu protestieren ⁹⁶⁾. Die Rechtsprechung hat sich dem nicht ausdrücklich angeschlossen, sondern nur hervorgehoben, daß mit dem Zweck der Rechnung unvereinbare ⁹⁷⁾ Fakturenvermerke vom Empfänger unbeachtet gelassen werden dürfen. Eine widerspruchslöse Inempfangnahme der Rechnung durch den Adressaten wird demnach von der Lehre als Billigung der Waren- und Preisänderung aufgefaßt, während die

94) Eine wichtige gesetzliche Regelung im Bereich der Rechnungen und der Begleitschreiben wurde aber mit der Ordonnanz Nr. 67/838 v. 28. Sept. 1967 im französischen Recht geschaffen. Diese Regelung gilt für die dort erwähnten Papiere, auf die der Empfänger innerhalb von zwei Wochen widersprechen muß, sofern sich ein entsprechender Vermerk auf dem Schriftstück befindet; schweigt er, so gilt es als Billigung. Toujas, schreibt dazu: "en effet lorsqu'un commerçant reçoit une facture et ne formule pas de réserves dans les délais et conditions qui seront précisés par décret il reconnaît de voir la somme." Ed. C.I Nr. 82234 J.C.I.com., Art. 147-165, Fasc. I. De la lettre de change - des recours de garantie de paiement, März 1968, s.a. J.C.P. 1968. I. 2131.

95) Weber, Grundfragen zum Recht der AGB, Teil 2, DB 1970, 2420 m.w.N.

96) Dausges, DB 1970, 2146; DB 1952, 227.

97) RGZ 65, 330; BGH NJW 1959, 1679.

Rechtsprechung nur bei mit dem Rechnungszweck vereinbarenden Vermerken diese Auffassung teilen wird.

Handelt es sich aber um andere Umstände als Warenmenge, Preis oder Leistungszeitpunkt der Preisschuld, dann werden die Vermerke auf den Rechnungen zu Vertragsabänderungs- oder Ergänzungsangeboten, die als echte Willenserklärungen 98) betrachtet werden, und vom Rechnungsempfänger ausdrücklich oder konkludent angenommen werden können.

Ein Schweigen allein kann jedoch eine Annahmeerklärung nicht zustande bringen 99), selbst dann nicht, wenn die Ware behalten wird 100). Die Rechtsprechung lehnte dabei eine ausdrückliche Bezugnahme auf die sonst im Handelsverkehr übliche Regel ab, daß das Schweigen dann als Zustimmung zu werten sei, wenn nach Treu und Glauben ein Widerspruch des Angebotsempfängers erforderlich gewesen wäre. Dies sei besonders dann der Fall, wenn die Parteien schon vorher in Geschäftsverbindung gestanden haben, und wenn der Briefschreiber für den Gegner erkennbar ein Interesse an einer baldigen Antwort hatte 101). Diese Voraussetzungen lägen bei der Rechnung nicht vor, weil der Rechnungsempfänger nicht mit solchen Zusätzen zu rechnen brauche.

Aus diesem Grunde sei er auch nicht verpflichtet, zu widersprechen. Dies gilt nach dem BGH 102) selbst für einen Vollkaufmann 103).

98) Zu der Frage, ob es sich bei Rechnungen mit Waren- u. Preisangaben auch um Willenserklärungen handeln könnte, s. Baumgärtel, Abschluß eines Kaufvertrages durch Stillschweigen auf Rechnungserteilung, MDR 1958, 400.

99) Weber, a.a.O., S. 2420.

100) Schmidt-Salzer, BB 1968, 68.

101) BGHZ 7, 189, BGHZ 11, 3, BGHZ 18, 216
s. Weber, a.a.O., S. 2421 m.w.N.

102) BGH NJW 1959, 1679, Weber, a.a.O., S. 2420.

103) Erst recht gilt dies nicht im nichtkaufmännischen Verkehr, s. OGH BrZ NJW 1949, 943.

Die neuere Rechtsprechung läßt aber in Hinsicht auf allgemeine Geschäftsbedingungen auf Rechnungen eine Ausnahme von diesen Grundsätzen zu, indem sie bei länger andauernden Geschäftsverbindungen den Schweigenden binden will, wenn der Vertragspartner ständig auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweist und der andere dazu schweigt ¹⁰⁴⁾.

Damit nähert sich die deutsche der französischen Rechtsprechung, die grundsätzlich von dem Prinzip der "silence acceptation" bei Rechnungen ausgeht, wenn "rapport d'affaires" oder "usages commerciaux" zugrundeliegen.

Dieses Prinzip gilt jedoch nicht mehr uneingeschränkt. Denn die scheinbare Großzügigkeit der früheren französischen Rechtsprechung hinsichtlich der Anerkennung des Schweigens als Zustimmung bei Rechnungen wird in der neueren Zeit zunehmend begrenzt.

In der französischen Literatur haben sich die Stimmen gemehrt, die im Anschluß an Barrault ¹⁰⁵⁾ den zusätzlichen Klauseln in den "factures" die Wirkung absprechen wollen. Man rechtfertigt ein Schweigen als Ablehnung - ähnlich wie im deut-

104) BGH, DB.1973, 1064, OLG Düsseldorf BB 1960, 422 BGHZ 4253, Zweibr. OLGZ 1968, 389; a.A. OLG Freiburg NJW 1952, 1416, Landgericht Tübingen NJW 1958, 792; s.a. Schmidt-Salzer, AGB, Rd. 69, selbst in einem Fall, in dem eine Rechnung mit einer unbestellten Ware geschickt wird, kann ihr Inhalt als Angebot zum Vertragsabschluß gewertet werden. Ein Schweigen darauf kann bei längerer Geschäftsbeziehung als Annahme dieses Angebotes gelten, wenn der Empfänger nicht rechtzeitig widerspricht (Schmidt-Salzer, BB 1968, S.68). Die besondere Situation bei Zusendung unbestellter Waren wurde oben schon aufgezeigt. ~~S. 104~~ Ein Schweigen auf eine Rechnung bei unbestellten Waren wird im französischen Recht auch als Ablehnung ausgelegt. (Riom, 24. Juni 1966, D.S. 1966. II. 668).

105) Barrault, Ann.dr.com., 1913, S.359; Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, t.II, S.130 § 2427 schreibt "...si la facture contient une mention contraire aux clauses de marché, il sera nécessaire de prouver l'acceptation de l'acquéreur."

schen Recht - damit, das man auf den Zweck der Rechnung abstellt und betont, daß ein Kaufmann einer Rechnung wenig Beachtung schenke, weil er schon alle Bedingungen vor Vertragsschluß prüfe und deshalb in der Rechnung nur noch ein Mittel für die Buchführung sehe ¹⁰⁶⁾.

Die französische Rechtsprechung versucht, selbst die Grenzen von Fall zu Fall zu ziehen, doch gelingt es ihr nicht, eine einheitliche Linie aufzuzeigen, die präzise Kriterien für eine Begrenzung angibt. Im Laufe der Zeit haben sich aber zwei Einschränkungen des grundsätzlichen Prinzips der "silence acceptation" herausgebildet, obwohl nicht alle Gerichte diese Einschränkungen vornehmen ¹⁰⁷⁾.

Die Gerichte weigern sich, ein Schweigen auf eine Rechnung als Zustimmung zu billigen, wenn ein Zustandekommen des Vertrages von der schweigenden Partei bezweifelt wird ¹⁰⁸⁾.

106) Mazeaud, Leçon de dr.civ., t.II., 1966, S.112; bei Malinvaud findet man den Satz: "Cette question qui a été très discutée, ne se pose plus depuis la jurisprudence refuse en toute hypothèse d'interpréter comme une acceptation tacite le simple silence garde par un contractant qui reçoit une facture contenant une clause attributive de compétence." J.Cl.proc.civ. art. 420 Nr.137. Damit spricht Malinvaud auf die grundsätzliche Haltung der jetzigen französischen Rechtsprechung an, nachträglich eingeführte Klauseln als unerheblich anzusehen, wenn der Empfänger sie bei Abschluß des Vertrages nicht kannte. Doch eine solch eindeutige Haltung ist in der französischen Rechtsprechung nicht zu finden. Vielmehr obliegt es dem richterlichen Ermessen der Tatrichter, von Fall zu Fall zu entscheiden. Aus diesem Grunde gibt es auch zahlreiche Ausnahmen von diesem Prinzip (s.z.B. Rev.tr.dr.com.1967, S.759, Nr.6, wo die Richter "relation d'affaires antérieures" herangezogen haben). Im allgemeinen kann man von einer Rechtsprechung in diesem Gebiet ausgehen, die jede Interpretationsmöglichkeit zuläßt.

107) Cass.civ. 6.5.1954. Rev. tr. dr.civ. 1954. S.544. Cass.com. 1.6.1964, Bull. civ. 64 III. S.243. Nr.282.

108) Cour d'appel de Montpellier D.P. 1905. II. 296, d.h., wenn eine Willensübereinstimmung bezweifelt wird.

Es handelt sich aber wieder um eine vielfach durchbrochene Einschränkung, wie ein Fall, der von der Cour de cassation am 19. Juni 1958 entschieden wurde, zeigt: 109)

Eine Firma forderte von der Beklagten die Erfüllung eines Vertrages über Waren, die dieser nicht bestellt, aber doch angenommen hatte. Sie schickte die Rechnungen, die jener auch erhielt und einige Zeit später eine Mahnung, ohne daß die Beklagte darauf reagierte.

Die Cour de cassation bestätigte die durch die "appreciation souveraine" der Richter erfolgte Entscheidung, daß alle Umstände (Rechnung, widerspruchslöse Annahme etc.) dafür sprächen, daß die Beklagte diesen Vertrag angenommen habe 110). Umgekehrt sah der Cour d'appel von Paris 111) in der Bezahlung der Rechnung nicht eine Annahme der auf ihr abgedruckten Klauseln. Auch fanden die Klauseln auf einer Rechnung keine Anerkennung, wenn die Rechnung zurückgewiesen wurde 112).

Den zweiten Vorbehalt gegen eine grenzenlose Zulassung der "silence acceptation" bei einer Rechnung sehen die Gerichte darin, daß das Schweigen desjenigen nicht als Zustimmung gelten kann, der keine Möglichkeit hatte, von den Klauseln in der Rechnung Kenntnis zu nehmen 113).

109) Cass.com. 19.6.1958. Bull.civ. 1958. III. S.216.Nr.2.

110) Cass.com., a.a.O.: "la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve dont elle disposait en décidant que Truquenberg devait être considéré comme ayant commander et reçu la marchandise dont il s'agit; "so auch Cass.civ. 16.10.1967, D. 1968.193, Anm. Plaisant.

111) Cour d'appel Paris, 22.1.1963. D. 1963. Som. 84.

112) Besançon 23.10.1964, G.P.1964.2,396,
Rouen 1.4.1971, D.1971, Somm. 126.

113) Riom, 16.12.1966. D.1967.335.

Dies sei dann der Fall, wenn die Klauseln zum ersten Mal nach Vertragsabschluß aufgetaucht wären, oder wenn sie völlig zweideutig oder schlecht zu interpretieren seien ¹¹⁴⁾. Damit scheint das Schicksal der Klauseln in einer Rechnung besiegelt, denn eine Rechnung wird regelmäßig nach Vertragsschluß geschickt. Zusätzliche Klauseln, die zum ersten Mal in einer Rechnung vorkommen, können somit keine Wirkung mehr entfalten ¹¹⁵⁾.

Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn man beweisen kann, daß der Schweigende schon vorher von den Klauseln Kenntnis hatte ¹¹⁶⁾, z.B., wenn bei längerer Geschäftsverbindung diese Klauseln schon öfters verwendet wurden ¹¹⁷⁾. So entschied der Cour d'appel von Paris einen Fall, in dem die "allgemeinen Geschäftsbedingungen" erst auf der Rechnung aufgedruckt waren, daß das Schweigen des Empfängers als Annahme der "allgemeinen Geschäftsbedingungen" zu werten sei, weil dem konkreten Vertrag zahlreiche andere Geschäfte vorausgegangen waren, bei denen sich die allgemeinen Geschäftsbedingungen jeweils auf den Rechnungen befunden hatten ¹¹⁸⁾.

114) Cass.civ. 5.12.1973. D.S.1974, Somm.22. Rev.tr.dr.com. 1974.248; Riom, 16.12.1966. D.S.1967.II.335; Cass. com. 24.3.1958, Bull.civ. II. S.109 Nr.134.

115) S.z.B. Rev.tr.dr.com. 74,248, Cass.civ. 6.11.1967, J.C.P. 1967, Somm. S.177; s.a. die besondere Regel des Art. 9 des Gesetzes vom 23.7.1930 auf dem Gebiet des Versicherungsrechts, das die Klauseln "très apparentes" sein müssen.

116) Unter diesem Aspekt kann man auch den Satz von Malinvaud, J.C1.proc.civ. Art.420 Nr.137, verstehen (s.a. Nr.158, 159). Eine Bestätigung für die Anwendung dieses Grundsatzes, s.Cass.civ. 5.12.1973 D.S.1974 Somm. 22.

117) Cour d'appel Paris 9.1.1967, Rev.tr.dr.com. 1967, 759

118) Cour d'appel Paris, Rev.tr.dr.com. 1972, 604 führt dazu aus, daß "les juges du fond se bornent à faire usage de leur pouvoir souverain en décidant qu'il ne résulte pas de cette attitude preuve suffisante d'un accord pour modifier, sur la compétence, la convention antérieure", wenn eine Klausel in der dem abgeschlossenen Vertrag nachfolgenden Korrespondenz auftaucht.

Trotz unterschiedlicher Betrachtungsweisen kommen somit das deutsche und französische Recht zum gleichen Ergebnis. Während die deutsche Rechtsprechung von der Bestimmung der Rechnung ausgeht, und aus diesem Grunde das Schweigen auf andere Faktuvenvermerke nicht als Annahme wertet, versuchen die französischen Gerichte heute, die Einbeziehung von zusätzlichen Klauseln im Hinblick auf die Willensübereinstimmung zu begründen. Die Klauseln, die der Empfänger nicht kannte, stehen seinem Willen entgegen, und er muß sie somit nicht gegen sich gelten lassen ¹¹⁹⁾. Sprechen aber die Umstände dafür, daß er sie schon bei Vertragsschluß kannte, obwohl sie erst in der Rechnung erwähnt wurden, dann wird er an sein Schweigen gebunden. Ständige Geschäftsverbindungen entscheiden z.B. - wie im deutschen Recht - darüber, ob das grundsätzliche Prinzip der "silence acceptation" wieder Anwendung finden kann. Dabei besteht aber noch im französischen Recht die Möglichkeit, daß die französischen Gerichte noch andere Umstände als nur längere Geschäftsverbindungen gelten lassen. Daß es aber auch zu einer gegensätzlichen Auffassung in Hinsicht auf Klauseln bei ständiger Geschäftsverbindung kommen kann, zeigten wieder Entscheidungen von Gerichten, auch solche der Cour de Cassation. Danach reichen vorangegangene geschäftliche Beziehungen nicht aus ¹²⁰⁾.

119) S. aber auch die einen Monat später erfolgte gegensätzliche Entscheidung des Cour d'appel Paris, vom 2.2.1967, *Journal agrées* 1967, 577 mit Anm.d'Olivier.

120) Cour de Cass. 27.3.1973, D.1973 JR 128;
Cour d'appel Paris 21.7.1963. G.P. 1963.2.457 und
Trib.de gr. inst. Paris JCP 1972. II. 17043.

II. Allgemeine Zusammenfassung der aufgezeigten Ausnahmen

1. Zusammenfassung der geregelten Fälle

- a) Im Vergleich zu den §§ 108 II, 177II, 415II 2 BGB hat der Geschäftspartner zwar die Möglichkeit der Genehmigungsaufforderung, doch an ihre Nichtbeantwortung knüpft das französische Recht keine Rechtsfolgen.
- b) Auch im Wertungsbereich des Schweigens als Zustimmung im BGB (§§ 416, 496, 516) setzt das französische Recht keine entsprechende Frist, nach deren Verstreichenlassen der Geschäftspartner sich Gewissheit verschaffen kann. Teilweise besteht nicht das Bedürfnis, teilweise wird das Problem gar nicht behandelt.
- c) Im Hinblick auf die §§ 568, 625 BGB, die eine stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses vorsehen, besitzt das französische Recht ähnliche Vorschriften.
- d) Die Vermutung des Art. 1985 II C.c. hat die Rechtsprechung in Frankreich soweit ausgebaut, daß alle Fälle, die von den §§ 362 HGB, 663 BGB erwähnt werden, darunter fallen. Im Gegensatz zu § 663 BGB, der nur einen Schadenersatz als Rechtsfolge sieht, werden die durch ihn erfaßten Fälle in Frankreich auch der Rechtsfolge des § 362 HGB unterworfen.
- e) Eine Vorschrift wie § 151 BGB kennt das französische Recht nicht, doch kommt die Praxis zum gleichen Ergebnis.
- f) Eine wichtige Ausnahmenvorschrift existiert im französischen Recht mit Art. 7 II des Gesetzes vom 13.7.1930.

2. Zusammenfassung der nicht geregelten Fälle

- a) Auf die Zusendung unbestellter Waren wird in beiden Staaten dem Schweigenden grundsätzlich nicht die Bedeutung einer Zustimmung zu einem Vertrag beigemessen. In Frankreich werden solche Werbemethoden sogar strafrechtlich verfolgt, was dazu führen kann, daß auch im Handelsverkehr nichts anderes gilt. Nach deutschem Recht können aber im Handelsverkehr Ausnahmen von dem obengenannten Grundsatz gegeben sein, doch muß auch hier der Einzelfall entscheiden.
- b) Im Bereich der "modifizierten Annahme" besteht ein Unterschied zum deutschen Recht, weil die französische Rechtsordnung den Vertrag zunächst als zustandegekommen ansieht und von einer anderen Wertungsmöglichkeit der Änderungen ausgeht, und daran die Rechtsfolge anknüpft. Aus diesem Grunde existiert das Problem auf eine modifizierte Annahme nicht in dem rechtlichen Sinn im französischen Recht.
- c) Das Schweigen des "freibleibend" Anbietenden, auf die ihm zugehende Annahme, die als das richtige Angebot anzusehen ist, wird nur im deutschen Recht als Annahme gewertet, weil in der französischen Rechtsordnung - aufgrund der Widerruflichkeit der "offre" - das Bedürfnis einer dahingehenden Lösung als Zustimmung nicht entsteht.
- d) Auch im Problembereich der "invitatio ad offerendum" gibt es einen Unterschied, speziell beim Handelskauf. Durch eine Bindungswirkung des Auffordernden an seine invitatio ad offerendum, wo das deutsche Recht noch von einer invitatio ausgeht, stellt sich im französischen Recht nicht das Problem. Im Gegensatz dazu kann man im

nichtkaufmännischem Verkehr vom gleichen Ergebnis ausgehen, denn es hängt vom richterlichen Ermessen und vom Einzelfall ab.

- e) Das Problem des Schweigens auf eine verspätete Annahme stellt sich im französischen Recht nur, wenn das Angebot an eine Frist gebunden ist. Denn ansonsten unterliegt das Angebot keiner zeitlichen Beschränkung. Doch auch nach Fristablauf ist in der französischen Rechtsordnung ein Unterschied zum deutschen Recht zu finden, das dem Schweigen eher eine Bindungswirkung zuspricht. Es besteht somit zwar grundsätzlich ein Unterschied, aber auch hier wird von Fall zu Fall entschieden.
- f) Überhaupt keinen Unterschied gibt es beim Problem des Schweigens auf eine nachträgliche Vertragsänderung ohne gesetzliche Regel, weil beide Rechtsordnungen sich bei der Abschätzung des Falles auf Treu und Glauben (bonne foi) Handelsbräuche (usages commerciaux) berufen. Dabei verhalten sich die deutschen Gerichte "größzügiger".
- g) Die französische Rechtsprechung läßt unter "ganz besonderen Umständen" (silence circonstancié) Ausnahmen von dem Grundsatz, daß das Schweigen als Ablehnung zu werten ist, zu und stützt sich dabei auf:
 - 1) "dans l'intérêt exclusif du destinataire"
 - 2) "relation d'affaires"
 - 3) "usages commerciaux"

Es wurde festgestellt, daß gerade im handelsrechtlichen Bereich Parallelen zu finden sind, die zwar nicht wie im deutschen Recht auf einer dogmatisch sauberen Grundlage aufbauen können, die französische Rechtsprechung

zeigt aber viel Geschick bei der Begründung des Schweigens als Zustimmung. Bei der Untersuchung, ob eine Willenseinigung zwischen den Parteien vorliege, ziehen die Gerichte "Umstände" heran, die eine Vermutung dafür aussprechen, daß das Schweigen als Zustimmung aufzufassen ist. Dabei entsteht der Eindruck, daß sich die Gerichte von Treu und Glauben (*bonne foi*) und der Verkehrssitte - wie im deutschen Recht - leiten lassen, weil es ihrem "souveränen" Ermessen unterliegt, die Umstände für ein Schweigen zu würdigen. In Bezug auf die einzelnen Ausnahmen erreichen beide Rechtsordnungen bei den "*relation d'affaires*" und "*usages commerciaux*" fast ähnliche Ergebnisse, was jedoch von Fall zu Fall entschieden werden muß. Obwohl man im französischen Recht, außer in der Literatur, der einzelnen Entscheidung "*dans l'intérêt exclusif du destinataire*" wenig praktische Bedeutung schenkt, soll der Unterschied zum deutschen Recht hervorgehoben werden, weil auch Ansätze im deutschen Recht vorhanden sind, ein Schweigen auf einen vorteilhaften Zusatz nicht als Ablehnung anzusehen.

C. Stillschweigende Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

Ein weiterer Problemkreis des Schweigens im Rechtsverkehr betrifft die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es besteht jedoch ein Unterschied zu den oben aufgezeigten Fällen.

Während dort die Frage beantwortet werden sollte, ob das Schweigen in Frankreich und Deutschland einen Vertrag zustandebringen kann oder nicht, bleibt nunmehr zu klären, unter welchen Voraussetzungen Allgemeine Geschäftsbedingungen nach deutschem und französischem Recht Vertragsinhalt werden.

Bei der Gegenüberstellung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens und der Rechnung mit dem französischen Recht, wurde teilweise schon Bezug auf die AGB genommen. Damit wurde jedoch nur ein Teilbereich der stillschweigenden Einbeziehung in die AGH angesprochen, weil außer den sogenannten "nachgeschobenen" AGB (IV.) das Schweigen auf AGB auch "vor" Vertragsabschluß (II.) und in Hinsicht auf die wechselseitige Bezugnahme von AGB (III.) verglichen werden soll.

Es ist aber erforderlich, eine Begriffserklärung des Ausdruckes "AGB" vorzunehmen, weil nicht feststeht, ob das französische Recht den gleichen Terminus verwendet (1.)

I. Gegenüberstellung der AGB und "contrat d'adhésion"

1. Begriff und Bedeutung

Mit der Entwicklung¹⁾ des modernen Massenverkehrs gingen die Unternehmer in vielen Bereichen der Wirtschaft dazu über, für die in ihren Betrieben typischerweise abgeschlossenen Verträge Klauseln zu entwerfen, die ihren Geschäftsverkehr - insbe-

1) Zu den Entwicklungen, s. Weber. Die AGB, 1967 (1968), N. 1-N.12; In Frankreich existiert schon ein Fall aus dem Jahre 1847, Rouen, 4.2.1847 D.1847.2.74.

besondere bei Massenverträgen²⁾ - rationalisieren³⁾ und ihr Vertragsrisiko begrenzen sollten. Es wurde allmählich eine Zusammenfassung⁴⁾ von nach Art eines Gesetzes formulierten Vertragsbedingungen, die von einem Unternehmer oder Unternehmensverband aufgestellt werden und für eine Vielzahl von Verträgen gelten sollen⁵⁾.

Um diese Klauseln in ihrer Gesamtheit terminologisch zu erfassen, verwandte man immer häufiger den Begriff AGB, der sich dann auch einbürgerte, obwohl auch im Wirtschaftsleben andere Bezeichnungen, wie z.B. "Lieferungs- oder Zahlungsbedingungen", vorkommen⁶⁾.

Es gibt nun die verschiedensten Arten von AGB⁷⁾, die oft eine praktisch abschließende Regelung des Vertragsinhalts enthalten, sich aber auch nur auf wenige Klauseln beschränken können, wobei in der rechtlichen Beurteilung nach deutschem Recht kein Unterschied besteht⁸⁾.

2) Oder auch "Serienverträge", Helm, JuS 1965, 121; Lukes, JuS 1961, 301.

3) Hauptsächlich will sich der Unternehmer Klarheit über Punkte verschaffen, die leicht streitig werden können, s. Weber, DB 1970, 2355.

4) Das Aufstellen von AGB ist ein rein tatsächlicher Vorgang (Soergel-Lange, Vorb. 83 vor § 145; Weber DB 1970 2358, hM). Es kann mangels einer unmittelbaren Rechtswirkung nicht als ein Rechtsgeschäft angesehen werden, s. Diederichsen, ZfHK 132, 239, a.A. Lukes, JuS 1961, 303, s. zum Ganzen Palandt-Heinrichs, Anm. 6 A vor § 145.

5) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, Rdn 2 ff. Weber, DB 1970, 2355; kritisch Schulte, NJW 1974, 1217.

6) Palandt-Heinrichs, Anm. 6 A vor § 145.

7) Weber, DB 1970, 2356 (2).

8) H.M. vgl. statt aller Schmidt-Salzer, AGB 1971, Rdn.10.

Man findet den Begriff der AGB gelegentlich auch in der neuen französischen Literatur (*conditions générales du contrat*) (9), doch umfaßt dieser Begriff nicht denselben Fragenkomplex wie der des deutschen Rechts. Vielmehr werden die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" von der spärlichen Literatur in Verbindung mit dem Begriff des "*contrat d'adhésion*" gesehen (10), einem Unterwerfungsvertrag unter vorgegebene allgemeine Geschäftsbedingungen (11).

Dies führt dazu, daß man im französischen Schrifttum weniger von dem Problem des Inhalts des Vertrages mit seinen einseitig zum Vorteil des Unternehmers aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeht, als von der Art seines Zustandekommens durch einfachen Beitritt ohne Aushandeln. Der wirtschaftlich mächtigere Teil legt dem schwächeren Teil einen Vertrag mit vorformuliertem Inhalt vor, ohne daß der Partner noch die Möglichkeit hat, seine Vertragsfreiheit auszuüben, d.h., er kann nur noch zustimmen oder ablehnen. Er muß sich somit den Vertragsbedingungen unterwerfen (12).

Diese Lehre geht auf Saleilles zurück, der ausführte, daß es Gebilde gäbe, die zwar scheinbar Verträge seien, in Wirklichkeit jedoch vom Vertrag nur den Namen hätten, und deren Inhalt praktisch nur durch den Willen der einen Partei bestimmt sei (13).

-
- (9) S.z.B. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Paris, 1973, S.32, der in den AGB eine "source" für den "*contrat d'adhésion*" sieht.
- (10) S.z.B. Colin-Capitant, *Traité de dr. civ.II*, Paris, 1959, Nr.582 S. 320; Rieg, a.a.O., S.248, Nr. 242 Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949 S.97-103", Berlioz, a.a.O., S.27, oder auch "*contrat-type*" genannt, Leanté, *Rev.Trim.Dr.civ.*1953. 129.
- (11) Simitis bezeichnet den "*contrat d'adhésion*" als Beitrittsvertrag in: Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 469.
- (12) Dies trifft sich mit der von der Rechtsprechung erwähnten "Unterwerfung unter die AGB" (BGHZ 33,216,218) s.dazu besonders: Weber DB 1970, 2361; Berlioz, a.a.O., S. 27.
- (13) Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1919 (Nachdruck), S. 229 ff.

Im Laufe der Zeit wurde von der französischen Literatur in vielen Verträgen ¹⁴⁾ ein "contrat d'adhésion" gesehen, sofern die allgemeinen Voraussetzungen ¹⁵⁾ erfüllt waren. Immer handelte es sich um Verträge, die die Vertragsfreiheit auf die Abschlußfreiheit beschränkten, die also dem Partner keine Möglichkeit zur Gestaltung des Vertrages gaben. Daß häufig diese Verträge mit allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgestattet sind, spielt in der französischen Literatur nur eine Nebenrolle und hat nichts mit dem Begriff des "contrat d'adhésion" zu tun.

Obwohl es sich somit um zwei verschiedene Rechtsfragenbereiche handelt, zielen beide dennoch auf die Bewertung des "intellektuellen Übergewichts" ¹⁶⁾ des wirtschaftlich Stärkeren ab. Sieht man von den wenigen Fällen ab, in denen die AGB in Deutschland von beiderseitigen Interessenvertretern ausgehandelt worden sind (ADSp), hat der Kunde auf den Inhalt der AGB keinen Einfluß. Er hat nur die Wahl, sich den AGB zu unterwerfen oder auf den Vertragsabschluß zu verzichten. Damit fehlt dem Vertrag, der unter Verwendung von AGB geschlossen wird, die bei individuell ausgehandelten Verträgen typischerweise gegebene "Richtigkeitsgewähr" ¹⁷⁾. Diese Machtstellung ist aber grundsätzlich von dem Prinzip der Privatautonomie gedeckt, weil dem Partner immer noch die Wahl bleibt, sich zu binden oder abzulehnen, obwohl auch dieses Argument in Frage steht, wenn man davon ausgeht, daß der Partner seinen Bedarf befriedigen muß.

(14) S.z.B. Mazeaud, Leçon de dr.civ., 5.Auflage 1973, Bd II, S. 76, Nr. 88, z.B. Vers.-Transport-, Arbeitsverträge.

(15) Fortier, Des pouvoirs du juges en matière de contrats adhésion, 1909, S. 5; de Saint-Rémy, De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion, 1928, S. 15; s.a. Berlioz, a.a.O., S. 14 ff.

(16) Raiser, JZ 1958, 7.

(17) BGHZ 33, 219, Erman-Hefermehl, Vorbem. 27 vor § 145.

Andererseits können AGB in einer sozialstaatlichen Ordnung aber nicht den individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen schematisch gleichgestellt werden¹⁸⁾. Denn der Unternehmer bestimmt bei AGB allein die Ausgestaltung des Vertrages¹⁹⁾, dem sich der Partner "unterwerfen" muß. Das deckt sich mit dem Wesen des "contrat d'adhésion", weil auch hier die vorbehaltlose Annahme des Angebots verlangt wird, das einseitig abstrakt vorformuliert von einem wirtschaftlich Übermächtigen für eine unbestimmte Zahl von Geschäften und Kunden im voraus erlassen wurde.

Doch während im deutschen Recht die Beachtung nur den AGB in ihrer Gesamtheit geschenkt wird, sieht man in der französischen Rechtslehre den "contrat d'adhésion", der mit allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgestattet sein kann, als wesentlich an, obwohl auch vereinzelt, zusätzlich zum Angebot, die Form eines Formularvertrages gefordert wird²⁰⁾.

2. Rechtsnatur der AGB und des "contrat d'adhésion"

In Hinblick auf die Rechtsnatur der AGB geht das deutsche Recht einhellig davon aus, daß sie keine Rechtsnormen sind²¹⁾, weil das geltende Recht keine ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung enthält, die die Unternehmer

(18) Schmidt-Salzer, NJW 1971, 1012; s. Gegenstück im frz. Recht: "contrat de gré à gré" = einverständliche Festlegung des ganzen Vertragsinhaltes.

(19) BGHZ 54, 109; NJW 1965, 246, 1969, 230.

(20) Fortier, a.a.O., S. 9.

(21) BGHZ 17, 2; 9, 3; Schmidt-Salzer, AGB, 1967, 49; ders. AGB, 1971, 13.

zur Setzung von Normen des objektiven Rechts legitimiert²²⁾.

Vielmehr gehören sie in den Bereich des Vertragsrechts, wo "ein Komplex von richterlich gesetzten Sonderregeln über die AGB besteht"²³⁾.

Denn AGB haben keine normative Geltung, ihr Geltungsgrund ist das Einverständnis des Gegners²⁴⁾, das ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann.

Da in der französischen Literatur die Würdigung allgemeiner Geschäftsbedingungen allein im Zusammenhang mit dem "contrat d'adhésion" gesehen wird, ging man bei der Frage nach der Rechtsnatur auch nur von diesem Ausdruck aus.

Dabei kam es in der französischen Literatur zu gegensätzlichen Auffassungen, was auf die unterschiedliche Bewertung der Tatsache zurückzuführen ist, daß immer eine Partei der anderen den Vertragsinhalt ausgearbeitet vorlegt, und dieser keine Diskussionsmöglichkeit mehr verbleibt.

Es standen sich eine Vielzahl von Theorien gegenüber, von denen einige außerhalb des Vertragsrechts die Rechtsnatur zu begründen suchten, während andere wiederum an der klassischen Vertragstheorie festhielten.

(22) Nur aus soziologischer Sicht kann man darin eine Art privater Rechtssetzung sehen; doch vom Standpunkt des Juristen aus muß man die Übernahme der Geschäftsbedingungen in den Vertrag mit dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien erklären. Siehe dazu Rehbinder, Das Kaufrecht in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Berlin 1970, S. 19; Ausnahmen bestehen allerdings für die AGB, die nach gesetzlicher Vorschrift den Rang von Satzungen haben, oder die aufgrund von gesetzlichen Ermächtigungen für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, s. Palandt-Heinrichs, Anm. 6 Bd ee vor § 145.

(23) D.h. sie unterliegen anderen Regeln, die nicht für Schuldverträge gelten, s.a. Schmidt-Salzer, AGB 1971, NJW-Schriftenreihe, S. 1 und S. 22, Fußn. 1.

(24) Palandt-Heinrichs, Anm. 6 A, c vor § 116.

Ausgehend von der wirtschaftlichen Ungleichheit zwischen den Vertragsparteien, sehen die Gegner der Vertragstheorie beim "contrat d'adhésion" in der Vertragsfreiheit nur noch das einseitige Instrument in der Hand des Verfassers des "contrat d'adhésion".²⁵⁾ Die andere Partei hat nach ihrer Ansicht ihre Gestaltungsfreiheit verloren, und ihr verbleibt nur noch unter Beschränkung jeglicher Willensbestätigung die Abschlußfreiheit in Form eines bloßen Beitrittsaktes.

Diese Einseitigkeit der Vertragsgestaltung und die einfache Form des Beitritts liefen aber auf die Fiktion eines gemeinsamen Willens hinaus, zu der man bei Beibehaltung der traditionellen Vertragslehren, die eine Übereinstimmung zweier Willen für den Vertrag fordern, gezwungen würde. Um dies zu vermeiden, bestünde nur außerhalb des Vertragsrechts die Möglichkeit, den "contrat d'adhésion" in das Rechtssystem einzuordnen. Weil dem Verfasser des "contrat d'adhésion" gleichsam die Stellung eines Normgebers eingeräumt wird, versuchten einige Autoren mit Hilfe des öffentlichen Rechts, die Frage nach der Rechtsnatur des "contrat d'adhésion" zu beantworten²⁶⁾.

(25) Ripert, l'ordre économique et la liberté contractuelle, in Etudes F. Geny, Bd 3, Paris, 1934, S. 348: "le contrat d'adhésion n'a plus que le vêtement contractuel".

(26) Von rechtsgeschichtlichem Interesse ist die Theorie der einseitigen Willenserklärung von Saieilles, die sich nicht durchsetzen konnte. Er stellt einseitig auf das Angebot des Verfassers ab, das nach ihm eine verpflichtende Kraft hervorruft, ohne daß dieser Akt des Angebots irgendwie zur Kenntnis des evtl. Begünstigten gelangen müßte. Der Beitritt des Adherenten hat überhaupt keine konstitutive Wirkung, sondern wird nur als auslösendes Moment angesehen, als eine Bedingung für die Ausführung des Inhalts des contrat, s. Domergue, a.a.O., S.60. Bei der Auslegung ist nur der Wille der vorherrschenden Partei zu beachten, s. zum Ganzen, Saieilles, a.a.O., Nr. 90, weil sie ein "loi contractuelle" geschaffen hat.

Weil sie aber die Willensautonomie als Prinzip ablehnt, konnte sie sich nicht behaupten. Außerdem wurde die Frage nach der Legitimation zur Setzung solcher Normen völlig außer acht gelassen²⁷⁾.

Um sich nicht ganz in Widerspruch zur Willensautonomie zu setzen, gingen andere französische Juristen von der Zweiteilung des "contrat d'adhésion" in einen vertraglichen und einen nicht-vertraglichen Teil aus, weil es nicht möglich sei, die klassische Vertragstheorie in einem Fall mit einseitig vorgelegten Klauseln, ohne jede Diskussionsmöglichkeit für die beitretende Partei heranzuziehen²⁸⁾.

Man differenzierte nach Klauseln, die der Beitretende gekannt hat oder hätte kennen müssen, wobei nur im letzten Fall der Verfasser eine "institution" setzen würde, die dem Anbieter die "pouvoir réglementaire" gäbe²⁹⁾. Hat sie der Beitretende aber gekannt, dann greife die Vertragstheorie ein.

-
- (27) So Duguit, Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon, Paris, 1920, S. 116 f; Droit constit., Paris, 1927, 3. Aufl. S. 345, mit seiner théorie de l'adhésion à un droit objectif préexistant, d.h. der Wille des Urhebers des contrat d'adhésion hat einen "état de fait", einen Zustand genereller und dauernder Ordnung, vgl. Domergue, a.a.O., S. 64. Somit entsteht objektives Recht vor dem Beitritt des Adherenten. Bei der Adhesion treffen sich dann nur zwei einseitige Willensäußerungen, der contrat d'adhésion ist dann nur ein einseitiger Willensakt, durch den sich der Adherent unter vorgegebene Bestimmungen stellt. S. Domergue, a.a.O., S. 66 und Duguit, dr. constit., a.a.O., S. 379. Mit seiner théorie réglementaire ou institutionnelle konnte auch Hauriou, in "Principes du droit public", 2. Aufl. Paris, 1916, 196 f die Rechtsnatur des contrat d'adhésion nicht einwandfrei bestimmen.
- (28) Gaudemet, Théorie générale des obligations, Paris, 1937, Neudruck 1965, S. 52-55.
- (29) Gaudemet, a.a.O., S. 53.

Demogue ³⁰⁾ sah in dem Setzen eines "contrat d'adhésion" gleichzeitig einen "service privé d'utilité publique", nach dessen Erfordernissen sich der Verfasser richten muß, blieb aber für das Zustandekommen des Vertrages der Vertragstheorie treu. Doch auch diese Theorien fanden keinen Anklang bei Rechtsprechung und Lehre, weil sie keine Erklärung für die Legitimation und die Berechtigung der "pouvoir réglementaire" im Bereich des Vertragsrechts anbieten konnten.

An der Vorherrschaft der klassischen Vertragstheorie ³¹⁾ konnte somit keine der aufgezeigten Theorien etwas ändern.

Auch hinsichtlich der Ausgangspunkte für eine Auslegung des "contrat d'adhésion" besteht zwischen den oben aufgezeigten Auffassungen ein Unterschied ³²⁾. Die Vertragstheorie geht bei der Auslegung von dem gemeinsamen Willen der Parteien aus, und macht somit eine Willensübereinstimmung zur Voraussetzung für das Bestehen des Adhäsionsvertrages, obwohl die Schwierigkeiten nicht geleugnet werden, die bei der Untersuchung einzelner Vertragsbedingungen bei reiner Unterwerfung auftauchen ³³⁾.

Die "normativen" Theorien sehen im Gegensatz dazu nur die Aussage des Angebotes als wesentlich an und nehmen

30) Demogue, Traite des obligations générales, Paris 1923, Band 2, S. 310-337, siehe auch Louis-Lucas, Volonté et cause, thèse Dijon, S. 251-258.

31) S.a. Dereux, De la nature juridique des contrats d'adhésion, in Rev. trim. dr. civ. 1910, S. 504, der auf der Basis der Vertragstheorie einen neuen Weg suchte, indem er die Klauseln in wesentliche (essentiellles) und "clauses accessoires" einteilte und von Vermutungen der "acceptation" ausging, s.a.a.O., S. 527.

32) Hier sollen nur die Vertragstheorie und die sog. normativen Theorien berücksichtigt werden, s. aber bei den halb-vertraglichen Theorien, Demogue a.a.O., S. 312, Domergue, a.a.O., S. 80.

33) Domergue, Etude d'ensemble sur le contrat d'adhésion, These Toulouse, 1935, S. 95.

- ähnlich wie das deutsche Recht bei der Auslegung von AGB - keine Rücksicht auf die Willenserklärung der Parteien, d.h. sie würdigt nur objektive Gesichtspunkte des Angebotes ³⁴⁾.

Nach deutschem Recht sind bei der Auslegung der AGB auch nicht Wille und Einzelabsichten der Parteien zu erfordern, weil AGB gerade nicht das Ergebnis der Vertragsverhandlungen sind, wie es bei Individualverträgen der Fall ist. Die Auslegung muß sich vielmehr an den Verständnismöglichkeiten eines vernünftigen und redlichen Durchschnittskunden orientieren ³⁵⁾.

Während die aufgezeigten deutschen Grundsätze größtenteils das Ergebnis der Rechtsprechung darstellen, die sich dabei auf eine reichhaltige Literatur stützen kann, ging die französische Rechtsprechung nicht auf die Rechtsfigur des "contrat d'adhésion" ein ³⁶⁾, die somit nur ein Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung blieb.

Auch die Tatsache, daß der französische Gesetzgeber in diesem Unterwerfungsvertrag eine Rechtfertigung sah, in die unternehmerische Vertragsfreiheit gesetzgeberisch ³⁷⁾

34) S.z.B., Duguit, dr.constitut., a.a.O., S. 379; Hauriou, a.a.O., S. 208.

35) Schmidt-Salzer, AGB 1971, S.80, Rdnr. 113.

36) S. aber Cour d'appel Colmar, 24.11.1950, D.1951. 150, 151 und 25.1.1963, J.C. Art. 1156 bis 1164, 34, wo der Begriff "contrat d'adhésion" erwähnt wird, vgl. auch Carbonnier, Dr.civ., Bd.4, Les Obligations, 7. Aufl. Paris, 1972, Nr. 68 a, S. 222; Marty-Raynaud, Dr. civ., Bd. II 1, Les obligations, Paris 1962, S. 102, Nr. 117, Rieg, a.a.O., S. 244, Nr. 240; vgl. Cass. com., 273.1973. D.1973, J.R. 128; Cour d'appel Paris, 3.7.1972, G.P. 1972.2.794.

37) Der Ruf nach einer umfassenden gesetzlichen Regelung der AGB wurde im deutschen Recht immer dringender, s. Kötz, Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag 1974, Löwe, BB 1974, 1033, s.a. Bundesratdrucksache 360/75: Entwurf eines Gesetzes zu den AGB (S. 40 f JZPR).

einzugreifen³⁸⁾, scheint die Gerichte nicht veranlaßt zu haben, trotz dieser dogmatischen Ansätze in der Literatur auf eine Entwicklung besonderer Auslegungs- und Inhaltskontrollprinzipien einzugehen³⁹⁾.

Doch die wirtschaftliche Praxis in Frankreich mit der immer stärkeren Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen zwang die Rechtsprechung, sich mit diesem Problem auseinanderzusetzen.

Da sie der oben aufgezeigten Lehre nicht folgte, und auch selbst keine Rechtsätze aufstellte, begnügte sie sich in erster Linie damit, Verträge mit allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualverträge gleichzubehandeln, und durch eine Anwendung der Grundsätze über den Vertragschluß die Fälle zu entscheiden (Art. 1101 ff C.c.). Dabei geht die französische Rechtsprechung davon aus, daß die Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Empfänger gewollt sein muß, d.h. es muß eine Willenseinigung vorliegen⁴⁰⁾.

Wenn aber die Verträge mit allgemeinen Geschäftsbedingungen mit normalen Individualverträgen auf eine Stufe gestellt werden, somit gleichen Bewertungsmaßstäben unterliegen, kann man auch verstehen, daß das deutschen Juristen geläufige Rechtsproblem der AGB in Frankreich nicht dieselbe Bedeutung erlangt hat. Dies wird noch unterstützt durch die Tatsache, daß die bei einem "contrat d'adhésion" typische wirtschaftliche Überlegenheit des Unternehmers nicht als Grund für eine unterschiedliche Behandlung gegenüber Individualverträgen verwendet werden kann; denn auch bei diesen Verträgen besteht oft ein wirtschaftliches Miß-

38) Ripert, La règle morale dans les obligations civ., 1949, S. 103; s. aber auch den obenerwähnten Art. 7 II und bes. Art. 2 d. Gesetzes v. 13.7.1930, S. 121 ff.

39) S.o. Schmidt-Salzer, "contrat d'adhésion und Unterwerfungsvertrag" ACP 167, 504 f.

40) Lyon, 12.6.1950, D.1951. Somm.2, Cass.civ. 31.1.1950, G.P. 1950.1.241.

verhältnis zwischen den Parteien ⁴¹⁾.

Außerdem scheinen die strengen Maßstäbe für die Annahme des Vertragsschlusses (*volonté réelle*) auszureichen, um die Existenz einer Willenseinigung zu beweisen, weil auf die Einflußnahme der beitretenden Partei auf den Vertrag kein besonderer Wert gelegt wird ⁴²⁾.

II. Stillschweigende Vereinbarung von vertraglichen Bedingungen (AGB)

Wie schon aufgezeigt wurde, muß nach der französischen Rechtsprechung die Geltung der AGB vom Empfänger gewollt sein.

Ebenso setzt das deutsche Recht eine Einigung über die Einbeziehung der vorgedruckten Klauseln in den Einzelvertrag voraus ⁴³⁾.

Das erfordert aber einen ergänzenden Vertrag über die AGB, dessen Eigenart darin besteht, daß seine Wirkung auf die Ingeltungsetzung der AGB beschränkt bleibt ⁴⁴⁾, d.h., der Vertrag bezieht sich nicht auf den Inhalt der einzelnen Klauseln.

41) Ripert, a.a.O., S.100; Rodière, *dr.de transport*, Bd.2 Nr. 418; St.Remy, a.a.O., S. 48; Marty-Raynaud, a.a.O., S.103, Nr.11. Demgegenüber hebt Berlioz, a.a.O., S. 76 hervor, daß beim "contrat d'adhésion" auch berücksichtigt wird, ob z.B. ein fremder Gerichtsstand durch eine Klausel des Unternehmers in den "contrat d'adhésion" eingeführt, für den Adherenten zumutbar ist: "il est d'autre part essentiel à la confiance nécessaire à la vie des affaires que l'adhérent n'ait pas à craindre d'être traîné devant des tribunaux éloignés. La signature au bas d'un contrat d'adhésion d'une clause de compétence qui aurait cet effet ne peut donc pas valoir consentement, même si l'adhérent peut en avoir connaissance", s.a. *Cour de Bourges*, 4.Febr. 1963, D.1963.J. 239. *Rev.trim.dr.com.* 1963, 299.

42) Carbonnier, a.a.O., S.64, Nr.17.

43) BGHZ 9,1 (2); 12,136 (139); 18,98 (99); 33,216 (219); 48,35 (40).

44) Schmidt-Salzer, AGB 1971, S. 18.

Zwar besteht damit ein Unterschied zwischen den beiden Rechten, weil das deutsche Recht eine zusätzliche Abrede speziell für die AGB fordert, doch verlangen beide eine Einigung über die AGB, ob jetzt in selbständiger Form, oder zusammen mit dem Grundvertrag.

Fehlt es nun an einer ausdrücklichen Einigung über die Einbeziehung der AGB oder über die Annahme der AGB, so muß in Frankreich aus den Umständen geschlossen werden können, ob der Vertragspartner mit der Geltung der allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden war, wobei die Gerichte dann nach Prüfung der Umstände die Annahme der Klauseln vermuten.

Die Partei, die sich auf die Klauseln beruft, muß dafür den Nachweis erbringen, daß der Vertragspartner wenigstens die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte ⁴⁵⁾.

Die deutsche Rechtsprechung entscheidet die Frage des Vorliegens eines Einbeziehungsvertrages mittels einer "Wissenmüssen-Formel", d.h., die AGB werden auch ohne ausdrückliche Vereinbarung Vertragsinhalt, wenn der Kunde von ihrem Vorhandensein wußte, oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen und, wenn für ihn erkennbar war, daß der Unternehmer den Vertrag nur unter Einbeziehung seiner AGB abschließen wollte ⁴⁶⁾.

Voraussetzung dafür ist aber, daß sich der Vertragspartner vor oder bei Vertragsschluß Kenntnis von dem Inhalt der AGB verschaffen konnte, was von beiden Rechtsordnungen verlangt wird ⁴⁷⁾.

45) Carbonnier, Dr.civ., II., 3.Aufl., 1962, S. 345 Nr. 101.

46) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S.19.

47) BGHZ 3, 203; 9, 3; 12, 142; 18, 99; LM HGB 436, Nr. 1; NJW 59, 1679; Mühl, VersR 1968, 366; BGH NJW 1971, 2127; Bamberg BB 1972, 1341; Cass.civ., 27.3.1973, D. 1973. JR 128.

Doch in Hinblick auf den Fall, ob der Kunde die AGB bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte kennen können ⁴⁸⁾, ist die französische Rechtsprechung weitaus vorsichtiger als die deutsche, die grundsätzlich dann die AGB Vertragsinhalt werden läßt, wenn bei Abwägung aller Umstände das Verhalten des Unternehmers eine für den Kunden "erkennbare Verweisung" ⁴⁹⁾ auf seine AGB enthält, und das Verhalten des Kunden als Zustimmung zu dieser Verweisung gewertet werden kann ⁵⁰⁾.

Ob das zutrifft, ist aber Frage des Einzelfalles ⁵¹⁾.

Auch in der französischen Rechtssprechung gibt es einzelne Entscheidungen ⁵²⁾, die dem Problemkreis des "Kennenkönnen"

48) "...qu'il les aurait pu connaître avec plus d'attention", vgl. z.B. Trib.com. Marseille, 14.6.1961. D.1961. 2.258; Montpellier, 9.11.1954, G.P.1955. 1.95.

49) Palandt-Heinrichs, Anm.6 B c vor § 116 BGB.

50) Schmidt-Salzer, AGB 1971, 22; Grunsky, JurA 69,87 (93); Sayn-Wittgenstein, AGB, S.57. Obwohl es dazu einige Hinweise in der französischen Literatur gibt (z.B. Ripert, Dr. Maritime, II, 4.Aufl., 1952, S.869 Nr.1979) fehlt es auch hier an einer tiefgehenden theoretischen Auseinandersetzung mit dem Problem. Verkehrssitte und Handelsbrauch werden im Verhältnis zu den Vertragsbedingungen nicht eindeutig untersucht. Es werden immer wieder in der Lehre nur Entscheidungen zitiert, die sich gelegentlich auf "usages commerciaux" stützen. Siehe demgegenüber die dogmatische Begründung in der deutschen Literatur, die ein "hätte kennen müssen" teilweise mit einer Obliegenheitsverletzung (Hanau AcP 165,236), oder über die Grundsätze einer culpa in contrahendo (Meeske, BB 1959, 857), oder mit einer normierenden Verkehrssitte (Raiser, AGB, S.82) rechtfertigen.

51) Palandt-Heinrichs, a.a.O.

52) Z.B. Cass.civ. 9.3.42 G.P. 1942.I.264 und Cour d'appel de Paris, 23.5.61, D.1962 Somm. 17, siehe z.B. "ticket cases"; s.a.Cass.civ. 28.4.1971, D.1972, Somm.4.

Rechnung tragen. Man erkennt aber ein generelles Prinzip wie in Deutschland nicht an, weil die Gerichte z.B. bei Haftungsbeschränkungsklauseln den Beweis verlangen, daß der Vertragspartner von den Bedingungen auch tatsächlich vor oder bei Vertragsschluß Kenntnis erlangt habe ⁵³⁾.

Eine solch strenge Haltung der französischen Gerichte im Falle der Haftungsbeschränkung bringt andererseits aber den Vorteil mit sich, daß die französischen Gerichte dem Vertragspartner einen gewissen Schutz gewähren, den sie mit einer großzügigen Auslegung der betreffenden Klauseln nicht erreichen würden. Da den Richtern die "appréciation souveraine" gebührt, d.h. eine "souveräne" Tatsachenfeststellung, besteht für sie die Möglichkeit, Klauseln dann nicht als wirksam anzusehen, wenn sich ihre Anwendung nicht angemessen auswirken würde ⁵⁴⁾. Damit wird der Schutz des Adhärenenten in Frankreich durch eine Abschlußkontrolle erreicht, während die deutschen Gerichte das Hauptgewicht auf die Inhaltskontrolle legen.

-
- 53) Neumayer, Richterliche Kontrolle von AGB, in Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41, 1968, S. 20 sieht in dieser Einstellung der Gerichte gegenüber Haftungsbeschränkungsklauseln eine Ausnahme, weil die Instanzgerichte ansonsten den Entschuldigungsbeweis bei gehöriger Verlautbarung der Bedingungen nur selten gelten ließen. Dem kann nur zugestimmt werden, obwohl eine umfangreiche und teilweise chaotische Rechtsprechung jede Interpretationsmöglichkeit zulassen würde. Doch wird bei diesen Klauseln oft mehr gefordert, als nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Daß eine einheitliche Rechtsprechung bei diesen Problemen nicht entstehen kann, hängt auch hier davon ab, daß es sich bei dem Problem um eine "question de fait" handelt, die dem souveränen Ermessen der Tatrichter unterliegt und der Nachprüfung durch den Kassationshof entzogen ist. Die AGB sind dagegen im dt. Recht revisibel, s. dazu Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S. 1 z.B. auch Cour d'appel Oran 25.5.1965. D.1966, Somn, 6.
- 54) Berlioz, a.a.O., S. 82.

Auch dürfen die Gerichte eine Klausel im Zweifel gegen diejenige Partei auslegen, die sie aufgestellt hat, doch tritt der Kassationshof einer "dénaturation" einer Klausel entschieden entgegen, d.h., wenn die Gerichte versuchen, eine Billigkeitskontrolle über den Umweg der Auslegung einer angeblichen "clause équivoque" vorzunehmen.

Diese Möglichkeiten und Grenzen für die Untergerichte werden wieder in zwei neuen Entscheidungen des Kassationshofs deutlich aufgezeigt ⁵⁵⁾. Beide Rechtsordnungen verlangen nun, daß der Kunde vor oder spätestens bei Vertragsschluß Kenntnis von den AGB nehmen konnte ⁵⁶⁾. Durch diese Haltung der Gerichte wird der Unternehmer also bemüht sein, rechtzeitig auf seine AGB zu verweisen. Eine solche Verweisung muß im deutschen Recht klar und deutlich sein, d.h., der Unternehmer muß darlegen, daß er auf seine AGB klar und deutlich verwiesen hat ⁵⁷⁾.

Ist dies der Fall, dann darf der Unternehmer den fehlenden Widerspruch des Kunden gegen die AGB als Einverständnis verstehen. Denn konnte der Kunde erkennen, daß der Unternehmer seinen Nichtwiderspruch als Einverständnis auslegt, muß ihm sein Verhalten zugerechnet werden ⁵⁸⁾.

-
- 55) Cass.civ.22.10.1974. Bull.74.I.S.232 Nr. 271
"interprétation contre la partie ayant l'initiative contractuelle". Cass.civ.2.10.1974. Bull.civ. 74
III.247. Nr. 323: "Interdiction pour le juge d'en modérer la portée (d'une clause pénale); auch Berlioz, a.a.O., S. 30 ff.
- 56) Malinvaud, J.Cl. proc.civ.Art. 420, Anm. 158 und 159, Trib.com.Seine 24.1.1922, D.P.1922, S.84; Cass.civ. 23.10.1963, Bull.civ. 63.II, Nr. 690 mwN; s.a.Berlioz, a.a.O., S. 60.
- 57) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, 22.
- 58) OLG Hamburg, MDR 66, 143, 144; OLG Düsseldorf, NJW 65, 761, 763, LG Tübingen, MDR 67, 1007 ff.

Das französische Recht geht sogar noch weiter und fordert von dem Unternehmer den Beweis, daß der Kunde auch tatsächlich Kenntnis von den Vertragsbedingungen gehabt hat, d.h. der Unternehmer muß beweisen, daß sie dem Gegner zugegangen sind ⁵⁹⁾.

Dabei genügt es nicht, daß der Unternehmer nur auf seine Bedingungen hinweist, d.h., ein einfacher Hinweis ohne Vorlegen des Textes der Klauseln führt nicht zur Bindung des Vertragspartners ⁶⁰⁾, sie müssen vielmehr auch deutlich und leserlich sein; denn bei unleserlichen Klauseln besteht nicht die Gewissheit, daß er den Vertrag in Kenntnis der Klauseln unterschrieben hat ⁶¹⁾.

In beiden Rechten wird also an die Kenntnisnahme der Bedingungen durch den Kunden die gleiche Anforderung gestellt, obwohl unterschiedliche Ansatzpunkte vorhanden sind, die aber auf das gleiche Ergebnis hinauslaufen, d.h., der Kunde muß Kenntnis von den Bedingungen erlangt haben. Einer klaren und deutlichen Verweisung des Unternehmers auf seine AGB im deutschen Recht steht das Erfordernis eines Zugangs beim Empfänger der vertraglichen Bedingungen im französischen Recht gegenüber, der bei unklaren Klauseln erschwert wird. Aber auch Unklarheiten gehen im deutschen Recht zu Lasten des Unternehmers ⁶²⁾, doch werden sie erst bei der Auslegung der AGB berücksichtigt.

Anhand von Einzelfällen soll nun für beide Rechtsordnungen aufgezeigt werden, wann ein Unternehmer davon ausgehen kann, daß sein Hinweis auf die vertraglichen Bindungen ausreichend für eine Kenntnisnahme durch den Kunden ist.

59) Lyon, 4.6.1945, G.P. 1945.II.75, vgl. demgegenüber BGHZ 7, 187.

60) Rouen, 17.2.1967.D.1967. Somm. 6.

61) Cour d' appel Oran, 25.5.1965, D.1966.Somm. 6.

62) Vgl. BGHZ 62,89.

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen auf dem Vertragsdokument

Hat der Vertragspartner ein Vertragsdokument mit den Klauseln unterschrieben, so reicht die Unterschrift als Beweis aus, daß er Kenntnis von diesen Klauseln hatte, weil die Unterschrift die Annahme aller im Vertrag vorhandenen Klauseln bedeutet ⁶³⁾. Eine in Bestellscheinen enthaltene Klausel bindet somit den Unterschreibenden, der nicht widerspricht ⁶⁴⁾.

Ein Korrektiv scheint das Erfordernis der Klarheit und Deutlichkeit der Klauseln zu sein. So hielt das Tribunal de grande instance von Paris am 20.5.1968 eine Gerichtsstandsklausel für unbeachtlich, weil sie unter der Unterschrift sehr klein gedruckt stand und der Unterschreibende nicht darüber informiert worden war ⁶⁵⁾.

Ferner wird der Unterschreibende nicht an seine Unterschrift, die er in Unkenntnis der Klauseln geleistet hat, gebunden, wenn es ihm aufgrund äußerer Umstände nicht möglich war, Kenntnis von den Klauseln zu nehmen ⁶⁶⁾.

2. Aushänge im Geschäftslokal

Es kommt nun oft vor, daß ein Unternehmer seine Vertragsbedingungen in seinem Geschäftslokal aushängt. Dabei stellt

63) Poitiers, 27.6.1966 Rev.tr.dr.com. 1967, 549; Paris 13.1.1964, G.P. 1964. 2.60. Auch tritt eine Bindung ein, wenn die Klauseln in der Korrespondenz vor Vertragsschluß auftauchen, Cass.com.29.10.1964. G.P. 1965. 1.45; Paris, 6.10.1964. J.G.P. 1965.13982.

64) Cass.civ.1.12.1971. D.1971, Somm.78.

65) G.P. 1968 2.135, s.a. Cour d'appel de Colmar, 8.6.1973 D. 1973, Somm.117.

66) Rouen, 17.2.1967. D. 1967, Somm.94.

sich die Frage, ob dieser Aushang für die Kenntnisnahme durch den Empfänger ausreichend ist, oder ob zusätzliche Voraussetzungen erforderlich sind.

Mit dieser Frage mußte sich der Cour d'appel von Lyon am 25.4.1967 ⁶⁷⁾ auseinandersetzen, der folgenden Fall zu entscheiden hatte:

Der Kläger stellte seinen Wagen bei dem Beklagten, einem Garagenbesitzer, unter und ließ sein ganzes Gepäck im Wagen, in der Annahme, auch für sein im Wagen befindliches Gepäck sei der Garagenbesitzer verantwortlich. In der darauffolgenden Nacht wurde in der Garage eingebrochen und auch das Gepäck aus dem abgestellten Wagen gestohlen. Der Kläger verlangte nun Schadenersatz für sein Gepäck. Der Beklagte bezog sich auf seine Geschäftsbedingungen, die einen Haftungsausschluß für Diebstahl vorsahen. Diese Bedingungen standen aber nur auf einem in der Garage aushängenden Schild.

Dies reichte für den Cour d'appel von Lyon nicht aus, um eine Haftung auszuschließen. Nachdem er den Garagenbesitzer auch für verantwortlich für das Gepäck erklärt hatte, führte er aus, daß für einen Haftungsausschluß noch der Nachweis erforderlich sei, daß der Kunde tatsächlich von dem Ausgang Kenntnis genommen hat ⁶⁸⁾.

Dabei muß berücksichtigt werden, daß die französische Rechtsprechung ein "Kennenkönnen" bei Haftungsausschlußklauseln grundsätzlich nicht ausreichen läßt ⁶⁹⁾, somit eine sichere Kenntnis der Klauseln verlangt. Das bloße Aushängen im Geschäftslokal beweist also noch nicht, daß der Vertragspartner Kenntnis von den Klauseln erlangt hat ⁷⁰⁾.

67) Cour d'appel Lyon, 25.4.1967, G.P.1967. II. 22,23.

68) Cour d'appel Lyon, 25.4.1967, G.P.1967 II. 22,23: "...il est en outre indispensable que ce client ait en connaissance de ce règlement au moment du dépôt", s.a.Cour d'appel Colmar, 25.3.1953, G.P. 1953.II.169,170.

69) Bordeaux, 20.1.1972, G.P.1972.1.426 .

70) vgl.Berlioz, a.a.O.,S.59 f; a.A.Trib.com.Marseille, 14.6.1961, G.P.1961.2.258; Trib.civ.Metz, 25.6.1958,D. 1958.Somm.9; die franz.Rspr. geht auch im Hotelgewerbe davon aus, daß sich die Hotelbesitzer nicht durch einen einfachen Aushang der Verantwortung entziehen können,s.Trib. Cannes, 12.7.1968, G.P. 1968. 2.293.

Der Cour d'appel von Lyon ging sogar soweit, daß der Kunde des Garagenbesitzers bereits im Zeitpunkt des Abstellens des Wagens Kenntnis von der Haftungsausschlußklausel erlangt haben mußte und nicht erst beim Betreten des Geschäftsbüros. Darin stimmt das deutsche Recht nicht überein, obwohl man auch hier den Aushang allein nicht ausreichen läßt ⁷¹⁾.

Vielmehr ist entscheidend, daß der Aushang dem Kunden bei Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt auffallen muß ⁷²⁾. Auch genügt ein nicht zu übersehender Aushang, zumindest dann, wenn die Verwendung entsprechender AGB branchenüblich ist ⁷³⁾.

Es muß sich aber um einen nicht zu übersehenden Aushang handeln, wie es auch das französische Recht verlangt, der klar und sichtbar angebracht worden sein muß ⁷⁴⁾, obwohl auch das nicht mehr ausreichend ist, wenn der Vertragsabschluß außerhalb des Geschäftslokals erfolgt ⁷⁵⁾. Denn Voraussetzung ist darüber hinaus, daß der Vertragspartner Zugang zu dem Raum mit dem Aushang hat ⁷⁶⁾.

71) Schmidt-Salzer, AGB, 1971 S.24 mwN.

72) z.B. BGH NJW, 1968, 1718.

73) RGZ 113, 425; BGH NJW 1968, 1718 zum Problem d. branchenübl. AGB, s.u.S. 192.

74) Cass.civ.Bull.civ.1959.III.64: Auch müsse der Unternehmer die Aufmerksamkeit des Kunden auf den Aushang lenken!

75) Cass.civ.31.1.1950, G.P.1950.I.241: Es handelte sich um einen Fall aus dem Transportgewerbe, für den die Verordnung v.12.1.1939 gilt (Art.105, §2 II G.P.1939. I.1162,1188), daß Frachtführer ihre Bedingungen, unter denen das Frachtgut gesichert ist, der Öffentlichkeit durch Anschlag im Geschäftslokal od. durch Vermerk auf dem Frachtbrief zur Kenntnis bringen sollen. Im vorl. Fall befanden sich die Geschäftsbedingungen aber nur im Geschäftslokal.

76) Cass.com. 3.1.1950, G.P.1950. 1.241.

3. Mitteilungen vor Vertragsabschluß

- a) Auf der Rückseite des Geschäftsschreibens abgedruckte Bedingungen

Es wurde festgestellt, daß der Unternehmer in Frankreich den Zugang der Geschäftsbedingungen beim Gegner beweisen muß. Für den Zugang spricht eine Vermutung, wenn die Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Angebotes oder der Auftragsbestätigung aufgedruckt sind ⁷⁷⁾. Doch wird diese Vermutung umso leichter zu widerlegen sein, wenn auf der Vorderseite kein Vermerk zu finden ist, der auf sie verweist, wie ein Fall des Cour d'appel von Oran vom 25.5.1965 zeigt:

Ein Transportunternehmen druckte auf der Rückseite seiner Schreiben die allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter denen sich auch eine Haftungsbeschränkungsklausel befand. Auf die Schadenersatzklage des Versenders hin verwies der Transporteur auf seine Geschäftsbedingungen.

Der Cour d'appel versagte der Haftungsbeschränkungsklausel die Wirksamkeit, weil es nicht "évident" genug erscheine, daß der Versender die Haftungsbeschränkungsklausel vor Vertragsschluß kannte, weil sie nur auf der Rückseite ganz unten, klein gedruckt, vorhanden gewesen wären ⁷⁸⁾.

Auch die deutsche Rechtsprechung verlangt einen ausdrücklichen Hinweis auf die auf der Rückseite abgedruckten AGB ⁷⁹⁾, was auch für Kaufleute gelten soll ⁸⁰⁾.

77) Schmidt-Niggemann, AWD 1974, 309.

78) Cour d'appel Oran, D.1966; "...il ne paraît pas évident que l'expéditeur ait connu et signé en connaissance de cause une clause ainsi présentée ..."; s. Berlioz, a.a.O., S. 74 mwN.; s.a. Cour d'appel Paris, 17.10.1964, D. 1965. Somm. 35.

79) RG JW 1925, 779, 780, OLG Düss.NJW 1965, 761, 762; Götz-Huhn, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben, 1969, S. 32.

80) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S.31.

b) Dem Geschäftsschreiben bloß beigelegte AGB

Bei nur beigelegten geschäftlichen Bedingungen wird in beiden Staaten ähnlich verfahren.

So entschied der Kassationshof am 18.1.1965, daß eine Verwirkungsklausel wegen Trunkenheit am Steuer, die eine Versicherungsgesellschaft auf einem Beiblatt mit der Versicherungspolice verschickte, keine Wirkung erlangen konnte, weil die Versicherung nicht den Beweis liefern konnte, daß der Versicherungsnehmer diese Klausel akzeptiert hat, zumal dieses Beiblatt weder datiert noch unterzeichnet war, und die Versicherungspolice keinen Hinweis enthielt ⁸¹⁾.

Noch weiter ging das Tribunal de grande instance de la Seine am 19.12.1966, daß selbst bei einer Verweisung in der Police auf die auf dem Beiblatt (feuille intercalaire) beigefügten Geschäftsbedingungen, die "la garantie de recours des voisins" (Rechtsmittel) ausschließen, diese Klauseln nicht wirksam werden können, weil eine so wichtige Klausel über die Risikoabdeckung nicht einfach auf einem Beiblatt erscheinen dürfe, das der Unterzeichnung der Parteien nicht unterliege ⁽⁸²⁾. Als genügend wird auch die Übergabe der Klauseln auf einem Extrablatt angesehen, wenn in der Police ein ausdrücklicher Hinweis vorhanden war ⁸³⁾.

81) Cass.civ. 18.1.1965, D.S.1965, 536, 537: "...que la compagnie ne rapportait pas, ...la preuve que son assuré eut accepté la clause...."

82) Trib.d.gr.inst.d. la Seine, 19.12.1966, G.P. 1967. I. 292, 293: "d'ailleurs une modification aussi importante aux risques couverts par une police de responsabilité civile, ne peut de toute manière résulter d'un document non revêtu de la signature"; s.a.Berlitz, a.a.O., S. 62 m.w.N.

83) Cass.com.16.10.1967, D.1968.293; G.P. 1953. 1.doctr.20.

Eine solche Einstellung, wie der Kassationshof, hat auch die deutsche Rechtsprechung, weil nicht sichergestellt sei, daß der Empfänger des Schreibens tatsächlich von den AGB Kenntnis erlangt habe ⁸⁴⁾.

4. Geschäftliche Bedingungen in Prospekten (Preislisten und Kataloge)

Oft kommt es vor, daß sich auch allgemeine Geschäftsbedingungen in Prospekten befinden, die eigentlich nur der Information des Kunden über Leistungen und Preise des Unternehmers dienen, ohne daß man sie als vertragskonstitutive Urkunde bezeichnen könnte.

Aus diesem Grunde geht die französische Rechtsprechung davon aus, daß ausdrücklich auf sie verwiesen werden muß ⁸⁵⁾, obwohl auch gegenteilige Entscheidungen zu finden sind ⁸⁶⁾.

Diese Einstellung wird durch eine neue Entscheidung des Kassationshofes vom 5.12.1973 unterstrichen: ⁸⁷⁾

Eine Mutter nahm mit ihrer Tochter an einer Reise teil, die von zwei belgischen Reiseunternehmen organisiert wurde. Den Vertrag schlossen sie aber mit einem französischen Unternehmen ab, das in Geschäftsverbindung mit

-
- 84) Z.B. OLG Düss.NJW 1965, 761, 762; die gleichen Wertungen werden für den Briefwechsel mit AGB vor Vertragsschluß gezogen. Enthält ein Brief einen klaren Hinweis auf die AGB, und widerspricht der Kunde nicht, dann umfaßt der Vertragsschluß auch die AGB, RGZ 122, 75, 76; BGH MDR 1956, 664; BGH VersR 1958, 189, 191; Anders die Cour de Cassation, Bull.civ. 1967. III. 133, die noch einen Nachweis der Kenntnis der Klauseln verlangt; Cass. civ. 23.10.1963, Bull.civ.1963.II.490 Nr.656 m.w.N.
- 85) Cour d'appel Paris, 23.2.1968, G.P. 1968. II. Somm.20; Cour d'appel Lyon, 23.7.1952, D.1952, 586.
- 86) Vgl. z.B. Cour d'appel Montpellier, 9.11.1954, G.P.1955. I.95; Cour d'appel Paris, 18.11.1971, G.P. 1972, 1.289.
- 87) Cass.civ.5.12.1973, D.S.1974, 398.

den beiden anderen stand. Auf der Reise wurden sie verletzt und verlangten nun Schadenersatz von allen drei Unternehmen, die sie vor dem Gericht ihres Heimortes verklagten. Die Beklagten beriefen sich aber auf ihre Geschäftsbedingungen mit einem anderen Gerichtsstand, die den Klägerinnen schon vor der Reise in einem Prospekt zugegangen seien. Nach Vertragsschluß wären sie den Klägerinnen noch einmal mit der Bestätigung und der Rechnung zugeschickt worden.

Der Kassationshof führte dazu aus, daß die Reisenden keine Kenntnis von der Gerichtsstandsklausel haben erlangen können, weil ihnen nur "simplement" ein Prospekt zugegangen sei, ohne daß aufgezeigt werden konnte, daß die Klägerinnen vor Vertragsschluß oder der Zahlung Kenntnis von der besagten Klausel erlangt haben ⁸⁸⁾. Ein einfacher Prospekt reichte also für den Kassationshof vor Vertragsschluß nicht aus, um die Klausel wirksam werden zu lassen.

Demgegenüber wird zwar in der deutschen Literatur die gleiche Meinung vertreten ⁸⁹⁾, einzelne Gerichte sind jedoch gegensätzlicher Auffassung ⁹⁰⁾.

5. Branchenübliche Geschäftsbedingungen

Ein weiterer Teilbereich im Rahmen der Kenntnisnahme der Geschäftsbedingungen ist die Branchenüblichkeit, die die Frage aufwirft, ob man sie zur Grundlage für eine Bewertung der Kenntnisnahme machen kann, d.h., ob der Kunde damit rechnen muß, daß der Unternehmer AGB verwendet, die in dem betreffenden Wirtschaftszweig üblich sind und die dem Kunden

-
- 88) Cass.civ.: "...sans que rien ne démontre qu'avant de conclure le contrat et de verser le prix du voyage elles en aient eu connaissance" s.a.Lyon 23.7.1953, D.1953,586.
89) Raiser, AGB, S. 30; Schneider, BB 1951, 743; Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S.54; Weber, DB 1970, 2419.
90) S.z.B. RGZ 13, 68, 76; OLG Naumburg OLGE 17,88 ff; OLG München OLGE 41, 91 (für Preislisten); a.A. KG OLGE 9,131, vgl. aber 38 II ZPO.

nach seiner Geschäftsführung bekannt sein müssten.

Dazu hatte das Tribunal de commerce von Marseille ⁹¹⁾ folgenden Fall zu entscheiden:

Der Kläger verlangte Schadenersatz für Sachen, die sich in seinem Wagen befunden haben und in der Zeit des Unterstellens bei dem Beklagten, eines Garagenbesitzers, mit dem Wagen gestohlen wurden. Man fand den Wagen später wieder, doch es fehlte das gesamte Gepäck. Der Beklagte weigerte sich, die geforderte Summe zu zahlen, indem er sich auf seine Geschäftsbedingungen berief, die in seinem Geschäftslokal ausgingen und die Haftungsbeschränkung vorsahen. Dagegen wandte sich der Kläger, daß ihn nichts verpflichtet habe, diesen Aushang in der Garage zu lesen, und der Beklagte ihm beweisen müsse, daß er die Klauseln akzeptiert habe.

Im Gegensatz zu dem oben erwähnten Fall des Cour d'appel Lyon ⁹²⁾ sah das Gericht die Klauseln als wirksam an, weil es sich nicht um einen Vertrag handele, dem einzelne Geschäftsbedingungen zugrunde lägen, sondern um ein "règlement général" für öffentliche Garagen in ganz Frankreich. Dieses "règlement" sei durch die C.S.N.C.R.A. begründet worden, einer nationalen Organisation, d.h., diesen Aushang fände man in den meisten öffentlichen Garagen.

Nach einer Würdigung aller Umstände könne man nur feststellen, daß dieser Garagenvertrag ein "contrat collectif d'adhésion à caractère national" ist, dem man sich mit der Benutzung der Garage unterwerfe. Somit könne sich der Kläger nicht auf seine Nichtkenntnis der Klauseln berufen, weil er mit diesen Klauseln rechnen mußte ⁹³⁾.

91) Trib.com.Marseille, 14.6.1961, G.P.1961. II.251.

92) S. o. S.186 f.

93) Trib.com.Marseille, a.a.O.: "...dont l'acceptation par l'utilisateur résulte du seul fait de l'usage d'un garage public et dont il lui appartient de prendre connaissance avant cet usage, connaissance qui lui est d'autant plus aisée que ce règlement est affiché ostensiblement dans tous les garages..."

Dies scheint im Widerspruch zu der oben aufgezeigten Entscheidung des Cour d'appel von Lyon zu stehen, der ausdrücklich bei einem Aushang noch den Nachweis der tatsächlichen Kenntnis der Klausel verlangte. Doch könnte man diesen Unterschied mit dem "caractère public" dieser erwähnten Garagen rechtfertigen, so daß es weniger eine Branchenüblichkeit in dem oben aufgezeigten Sinne, als mehr eine allgemeine Regelung für "Quasi-Versorgungsbetriebe" ist ⁹⁴⁾.

Außerdem muß berücksichtigt werden, daß mit dem Tribunal de commerce von Marseille ein Untergericht den Fall entschieden hat, dessen Einfluß auf die französische Rechtsprechung äußerst gering erscheint ⁹⁵⁾, so daß die Einstellung des Cour d'appel von Lyon, der noch den Nachweis der tatsächlichen Kenntnis verlangt, als die in der französischen Rechtsprechung dominierendere anzusehen ist.

Die deutsche Rechtsprechung ist dagegen großzügiger und läßt in vielen Wirtschaftsbereichen eine Branchenüblichkeit als Grundlage des "Kennenmüssens" ⁹⁶⁾ zu ⁹⁷⁾.

Sie geht sogar so weit, selbst ausländische Kunden deutschen branchenüblichen Geschäftsbedingungen zu unterwerfen, wie ein Fall, vom OLG Hamburg am 19.3.1971 entschieden zeigt: ⁹⁸⁾

94) In dem Sinne auch Berlioz, a.a.O., S.69 m.w.N., weil ein öffentliches Interesse oder eine gesetzliche Vorschrift, die eine solche Veröffentlichung verlangt, besteht; Cass. civ. 3.6.1970, D. 1971. 373, Anm. Chauveau; Montpellier 9.11.1954, G.P.1955.1.95.

95) Es gibt noch ältere Entscheidungen in diesem Sinne, vgl. Cass.civ. 20.10.1914, S. 1915. I. 39.

96) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S. 27.

97) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S. 28; BGH WPM 1973,636.

98) OLG Hamburg, AWD 1971, 188.

Eine in Israel ansässige Firma versandte an eine Firma in der Bundesrepublik Deutschland Rauchwaren. Für die Sendung schloß die israelische Firma eine Transportversicherung ab. Außerdem beauftragte sie einen Transporteur, mit dem sie bisher nicht in Geschäftsverbindung stand, die Felle einzulagern, bis die Empfängerfirma der Rauchwaren sie abriefe. Die Transportfirma übersandte eine Einlagerungsanzeige, in der sie auf die ADSp verwies. Die israelische Firma widersprach nicht, erhielt aber auch nicht den Text der ADSp. Die Felle wurden bei der Lagerung durch einen Wasserrohrbruch beschädigt. Die Klägerin verlangte Schadenersatz, die Beklagte berief sich auf ihre ADSp. Dagegen wandte die Klägerin ein, daß sie sich weder ausdrücklich noch stillschweigend den ADSp unterworfen habe.

Das OLG führte dazu aus, daß die ADSp im Inland branchenüblich seien, so daß es für ein inländisches Unternehmen unerheblich sei, ob es die ADSp und ihren Inhalt im einzelnen kannte und sich ihnen unterwerfen wollte ⁹⁹⁾; denn ein inländischer Vollkaufmann und Pelzhändler müsse auch ohne besondere Hinweise wissen, daß ein deutscher Spediteur im allgemeinen seinen Geschäften die ADSp zugrundelegen pflegt, und ihrer Anwendung widersprechen, wenn er sie nicht gegen sich gelten lassen will ¹⁰⁰⁾.

Diese Grundsätze wandte das OLG auch auf das ausländische Unternehmen an, weil man auf die Lebens- und Geschäftserfahrung des Auftraggebers unter Berücksichtigung seines Berufskreises abstellen müsse, und nicht auf den Umstand, ob die ADSp als Handelsbrauch gelten oder nicht.

Dies gelte gleichfalls für ein ausländisches Unternehmen ¹⁰¹⁾.

Diese Auffassung wird aber nicht von allen Gerichten geteilt. So lehnte das OLG Saarbrücken ¹⁰²⁾ eine stillschweigende Unterwerfung eines französischen Unternehmens unter

99) Das OLG berief sich auf BGHZ 17,1 ff; 9,1 ff.

100) Vgl. auch BGHZ 12,136, 142.

101) Vgl. auch OLG Frankfurt, AWD 1969, 454; LG Hamburg MDR 1968, 764; LG Frankfurt VRS 10,343, BGH NJW 1973, 2154; vgl. Hepting, RIW-AWD 1975, 458 f.

102) OLG Saarbrücken, NJW 1953, 1832; zustimmend, Schmidt-Salzer, AGB 1971, S. 29.

die deutschen ADSp ab, weil für ausländische Kaufleute die ADSp nicht die Wirkung eines Handelsbrauchs hätten und deshalb ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht angewandt werden können. Demgegenüber hebt das LG München ¹⁰³⁾ hervor, daß auch der ausländische Auftraggeber die ADSp ohne weiteres als Handelsbrauch gegen sich gelten lassen müsse.

Auch in der Literatur stehen sich die Meinungen gegenüber, die einerseits eine Branchenüblichkeit als Merkmal für ein "Kennenmüssen" der ADSp ganz ablehnen ¹⁰⁴⁾ und einen Hinweis verlangen, andererseits die unterschiedlichen Auffassungen, die die Gerichte bezüglich einer Begründung der Branchenüblichkeit vertreten, unterstützen ¹⁰⁵⁾.

Sieht man von den wenigen Ausnahmen im französischen Recht ab, dann besteht in Hinsicht auf die "Branchenüblichkeit" als Grundlage für ein "Kennenmüssen" zwischen den beiden Staaten ein Unterschied. Während die französische Rechtsprechung meistens den Nachweis der tatsächlichen Kenntnis der Klauseln durch den Empfänger verlangt, läßt die deutsche Rechtsprechung auch eine stillschweigende Unterwerfung unter branchenübliche AGB zu, d.h., der Kunde muß mit ihrer Anwendung in dem betreffenden Wirtschaftsbereich rechnen und widersprechen, wenn er sie nicht gegen sich gelten lassen will. Sonst wird sein Schweigen als Billigung dieser AGB gewertet.

103) LG München VRS 5,346 f.

104) S. Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S. 26, Fußnote 10.

105) Gegen die Branchenüblichkeit als Handelsbrauch auch für Ausländer, Baumbach-Duden, HGB, 20. Aufl. Anh. § 415, Übersicht vor § 1 ADSp; aber im Sinne des OLG Hamburgs, für die Geltung der ADSp als Handelsbrauch auch für Ausländer, Krien-Hay, ADSp, § 2 Anm. 6,11; Mälzig, NJW 1954, 605 m.w.N.

6. Erfordernis der Klarheit und Deutlichkeit

Von entscheidender Bedeutung, ob der Kunde Kenntnis von den Vertragsklauseln genommen hat, ist außerdem im französischen Recht das Erfordernis, daß die Klauseln deutlich und leserlich sind.

Eine neuere Entscheidung des Cour d'appel von Rouen vom 8.2.1974 ¹⁰⁶⁾ brachte dies wieder zum Ausdruck. Das Gericht hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die streitige Gerichtsstandsklausel mit 33 anderen Klauseln auf der Vorderseite kleingedruckt gewesen ist, auf "mikroskopische Art, daß man sie mit bloßem Auge, ohne Lupe, nicht lesen konnte". Aus diesem Grund erfüllten sie nicht die Voraussetzungen von klaren und lesbaren Klauseln, so daß man nicht annehmen konnte, daß der Kunde sie gekannt und sich ihr unterworfen hätte ¹⁰⁷⁾. Auch müsse eine stillschweigende Annahme sicher ("certaine") sein, wie es z.B. schon der Cour d'appel von Bourges ¹⁰⁸⁾ verlangt hat. Dies sei bei kleingedruckten Klauseln nicht gewährleistet ¹⁰⁹⁾.

Das französische Recht verlangt also noch zusätzlich zu der Kenntnisnahme der Klauseln vor Vertragsschluß, daß diese auch klar und deutlich lesbar sind, damit die Gefahr einer Überraschung ausgeschlossen ist ¹¹⁰⁾. Vielfach wird von den Gerichten verlangt, daß der Vertragspartner auf die Klauseln ausdrücklich hingewiesen wird ¹¹¹⁾.

106) Cour d'appel Rouen, 8.2.1974, D.S.74, Somm. 72.

107) Cour d'appel Rouen, a.a.O.: "...tout à microscopiques indéchiffrables à l'oeil nu et sans le concours d'une loupe...-"

108) Cour d'appel Bourges, 4.2.1963, D.63 II.239.

109) Cour d'appel Oran, 25.5.1965. D.66.Somm.6; Cour d'appel Rouen, 1.4.1971. D.71, Somm. 126; Cass.civ.23.10.1963, Bull.civ.63, Nr.656 mwN.

110) Colmar, 8.6.1973, D.73. Somm.117; a.A.Paris 11.10.1965, D.66, Somm. 62.

111) Paris, 11.10.1965, D.66, Somm. 62; Bourges, 4.2.1963, D.63. 239.

Unklarheiten, wie z.B. kleingedruckte Geschäftsbedingungen, gehen zu Lasten derjenigen Partei, die die Bedingungen aufgestellt hat, wobei sich der Kunde darauf berufen kann, daß er diese Klauseln nicht gekannt und nicht stillschweigend akzeptiert habe.

Klarheit und Deutlichkeit der AGB wird auch im deutschen Recht verlangt, doch bezieht sich dieses Erfordernis nicht auf den Zugang der Klauseln, sondern auf die Verweisung des Unternehmers auf seine AGB ¹¹²⁾, abgesehen von dem großen Bereich der Auslegung, wo die deutsche Rechtsprechung sich der sogenannten "Unklarheitsregel" bedient ¹¹³⁾, d.h., ist eine Klausel objektiv unklar und mehrdeutig, so geht das zu Lasten des Unternehmers, aber nur, wenn sich ein objektiv eindeutiger Sinn nicht ermitteln läßt ¹¹⁴⁾.

112) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S. 22.

113) St.Rspr.BGH NJW 64,2059; BGHZ 62, 89; 57,216; 5,115 str. vgl. Soergel-Lange, Vorb. 108 vor § 145, s. demgegenüber die Auslegungsmöglichkeit der französischen Rechtsprechung, die stärker begrenzt ist. Denn es darf nicht zu einer Billigkeitskontrolle auf dem Umweg über eine zweckgerechte Auslegung angeblich zweideutiger Klauseln kommen, was im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung steht, BGHZ 60,244, st.Rspr., die im Rahmen der Inhaltskontrolle die Klauseln prüft. Klare Klauseln müssen im französischen Recht immer angewandt werden, auch wenn sie wirtschaftlich gesehen unbillig sind. Einzige Grenze sind der "ordre public" und die guten Sitten. S. dazu Neumayer, a.a.O., S. 29f, doch finden außergewöhnliche Klauseln auch keine Anwendung, Klima, AWD 1972, 507; s.a. Berlioz, a.a.O., S. 124 ff.

114) BGH VersR 1954, S. 57.

Liegen die Voraussetzungen in den oben aufgezeigten Fällen vor, die hauptsächlich einen Hinweis auf den AGB verlangen, dann sprechen in Frankreich alle Umstände dafür (*présomption de non adhésion*), daß sich der Empfänger den Klauseln nicht unterworfen hat.

Dieser muß seinerseits den Gegenbeweis antreten, daß er dennoch diese Klauseln nicht angenommen hat, was aber durch die Tatsache erschwert wird, daß die Instanzgerichte den Entschuldigungsbeweis bei gehöriger Verlautbarung der Bedingungen nur selten gelten lassen wollen. Denn die französischen Gerichte geben sich nicht mit der Behauptung zufrieden, daß man die Geltung der Vertragsbedingungen nicht gewollt habe, sondern verlangen einen ausdrücklichen Widerspruch gegen die Vereinbarung der Klauseln ¹¹⁵⁾.

7. Zusammenfassung

Die Problematik der "AGB" in Frankreich nimmt einen wesentlich geringeren Rahmen als in Deutschland ein, was teilweise darauf zurückzuführen ist, daß der Ansatzpunkt für eine Bewertung in einem anderen Rechtsfragenbereich, dem Bereich des "*contrat d'adhésion*", zu finden ist.

Der Adhäsionsvertrag, der mit Geschäftsbedingungen verbunden sein kann, blieb aber nur ein Problem wissenschaftlicher Erörterungen, weil die französische Rechtsprechung ihre eigenen Wege in der Beurteilung von Vertragsbedingungen geht. Sie beschränkt sich bei der Untersuchung über die stillschweigende Einbeziehung von Geschäftsbedingungen darauf, ob eine Willensübereinstimmung vorliege. Damit haben die französischen Richter zwar die Möglichkeit, korrigierend gegenüber lästigen Geschäftsbedingungen mit dem

115) Cass.civ. 1.6.1964, Bull.civ. 1964. III.243; Cass. civ. 6.5.1954, G.P. 54 II.13; s.a. Schmidt-Niggemann, AWD 74,311.

Erfordernis der Willenseinigung einzugreifen, doch ist dies nicht generell der Fall, weil Verträge mit Vertragsbedingungen Individualverträgen in der Bewertung gleichgestellt werden.

Damit bleibt für die Untersuchung allgemeiner Geschäftsbedingungen nur ein schmaler Spielraum, was im Gegensatz zum deutschen Recht steht, das in der Bewertung der ABG ein vom Grundvertrag unabhängiges Problem sieht und Sonderregeln aufstellt. Das deutsche Recht verlangt zwar einen zusätzlichen "Einbeziehungsvertrag" über die AGB, doch zielt man auch - wie in Frankreich - auf eine Willenseinigung über die Einbeziehung der AGB ab.

Mangels einer ausdrücklichen Einbeziehung muß in beiden Staaten aus den Umständen geschlossen werden, daß der Vertragspartner mit den Geschäftsbedingungen einverstanden war.

Dies kann man aber nach beiden Rechtsordnungen nur annehmen, wenn der Kunde vor Vertragsschluß von den Bedingungen Kenntnis nehmen konnte.

Das ist dann der Fall, wenn er von den Geschäftsbedingungen wußte. Die deutsche Rechtsprechung geht dabei noch weiter und läßt eine stillschweigende Einbeziehung auch zu, wenn er die Bedingungen hätte kennen müssen. Dem gegenüber weist die französische Rechtsprechung nur einzelne Entscheidungen auf, verweigert aber generell eine solche Wertung. Ferner verlangen die französischen Gerichte für eine Kenntnisnahme, daß die Klauseln klar und deutlich leserlich sind, während die deutsche Rechtsprechung auf das Erfordernis der Klarheit und Deutlichkeit bei der Verweisung des Unternehmers auf die AGB abstellt.

In Bezug auf die einzelnen Beispiele zeigen beide Staaten ähnliche Lösungen auf, wobei die französische Rechtsprechung noch zusätzlich den Nachweis der tatsächlichen Kenntnisnahme vor Vertragsschluß fordert. Diese Einstellung der französischen Gerichte kollidiert nun mit der stillschweigenden Einbeziehung der AGB aufgrund Branchenüblichkeit im deutschen Recht, nach dem auch ein Ausländer mit solchen branchenüblichen AGB rechnen muß. Denn außer einigen diesbezüglichen Ansätzen kann man im französischen Recht nicht davon ausgehen, daß branchenübliche Geschäftsbedingungen ohne konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme Vertragsinhalt werden.

III. Wechselseitige Bezugnahme bei Schweigen jeder Partei auf die "AGB" des Vertragspartners

Die oben behandelten Fälle gingen immer von der einseitigen Bezugnahme einer Partei auf ihre Geschäftsbedingungen aus, auf die der Kunde schwieg, und es wurde verlangt, daß der Kunde vor Vertragsschluß Kenntnis von diesen Bedingungen haben muß, damit sie Vertragsinhalt werden konnten.

Eine solche Situation stellt sich aber nicht, wenn sich beide Parteien auf ihre Geschäftsbedingungen berufen und sich diese Klauseln widersprechen.

Welche Geschäftsbedingungen gelten nun in einem solchen Fall für das betreffende Rechtsgeschäft, auf die jeweils die gegnerische Partei geschwiegen hat? Vor dieser Frage stand auch der Cour d'appel von Colmar am 29.5.1973 ¹¹⁶⁾, der den Fall dahingehend löste, daß sich die Geschäftsbedin-

116) Cour d'appel Colmar, 29.5.1973. D.1973. Somm. 147.

gungen gegenseitig aufheben, und speziell für die sich widersprechenden Gerichtsstandsklauseln Art. 420 C.proc. civ. wieder Anwendung fände.

Der Cour d'appel von Colmar blieb damit dem in Frankreich vorherrschenden Grundsatz treu, daß es unmöglich erscheine, das Schweigen einer Partei als einen Verzicht auf seine eigene Klausel und Unterwerfung unter die Klausel der anderen Partei zu interpretieren ¹¹⁷⁾.

Doch dieses Prinzip der Verwerfung sich widersprechender Klauseln existiert nicht unbeschränkt im französischen Recht. So findet man in einer Redaktionsanmerkung unter der Entscheidung des Kassationshofs vom 16.11.1961, daß die Klauseln sich nur aufheben, wenn sie unvereinbar (inconciliables) sind ¹¹⁸⁾.

Sie sind dann "unvereinbar", wenn sie in der gleichen Art abgefaßt sind, ohne daß eine von ihnen eine eigene Fassung aufweist ¹¹⁹⁾.

117) Malinvaud, J.Cl.pr.c.Art.420, Anmerkung 165: "...il faut donc revenir aux règles légales de compétence". Einige Autoren zweifelten sogar früher an der Existenz des Vertrages, s.Anm. unter Trib.com.Cherbouurg, 6.9.1912, S. 1914.II.49; s.a. Calais-Anloy, J.Cl.com. Art.631, Anm. 12, Cass.civ. 7.11.1956, D. 1957, Somm. 67; Trib.com. Lille, 19.11.1956, D. 1957, Somm.99; s.a. Bordeaux, 6.7.1959, die von Cour de Cass. am 16.11.1961, D.1961. II.420 verworfen wurde. Auf diese Entscheidung wird später noch eingegangen werden.

118) Anm. unter D.1961.II.420: "les clauses s'annuleront que lorsqu'elles sont inconciliables".

119) Paris, 25.6.1958, G.P.1958. II.125, Rev. trib.dr.com., 1958, 756, Anm. Boitard, "...une intention bien arrêtée de la part de l'une des parties traitantes et qu'il n'apparaisse que l'autre partie ait en fait donné son adhésion à la clause imposée par l'autre partie".

Doch auch wenn sie unvereinbar sind, werden Einschränkungen von dem oben erwähnten Grundsatz gemacht, wie eine Entscheidung des Tribunal com. Seine vom 6.5.1968 zeigt. Zwei sicherlich "unvereinbare" Klauseln wurden nicht annulliert, weil eine handgeschriebene einer vorgedruckten Klausel vorzuziehen sei ¹²⁰⁾. Ebenso wurde einer Klausel in einem Bestätigungsschreiben gegenüber einer gegensätzlichen Klausel in einer Rechnung der Vorrang eingeräumt ¹²¹⁾.

Einen umgekehrten Fall entschied der Cour d'appel von Angers ¹²²⁾, der eine Gerichtsstandsklausel in einer Rechnung einer Schiedsgerichtsklausel vorzog. Doch scheint man in einem Bestätigungsschreiben enthaltenen Klauseln eher den Vorzug zu geben, weil man von dem Zweck des Bestätigungsschreibens als Beweismittel kraft Handelsbrauch ausgeht ¹²³⁾.

Auch der höchste Gerichtshof ¹²⁴⁾ schränkte das Prinzip der Annullierung sich widersprechender Klauseln ein, indem er dem Cour d'appel vorwarf, daß dieser die Klauseln "denaturiert" habe, weil es sich bei den Bedingungen des

120) Trib.com.Seine, 6.5.1968, Anm. im Trib.gr.inst.Paris, 20.5.1968, G.P. 1968.II.136: "que la signification des clauses manuscrites doit l'emporter sur celle des clauses imprimés".

121) Cass.civ. 17.6.1903, D.P.1905.I.345, s.a. dazu Trib. gr.inst.Paris, 7.3.1968, J.C.P. 1969, Somm.S. 40, das eine Schiedsgerichtsklausel in einem Bestätigungsschreiben einer Gerichtsstandsklausel in einer Rechnung gegenüber für vorrangig erklärt.

122) Cour d'appel Angers, 12.5.1931, G.P.1931.II.405.

123) Angers, 18.6.1960, Rev.tr.dr.com.1961.73.

124) Cass.civ.16.11.1961, D.1961.II.420 "...ne pouvait manifestement s'appliquer non-obstant le mot "marchés" inclu dans son libellé, qu'aux opérations comportant vente de son auteur à ses clients et non comme en l'espèce aux opérations d'achat de ce dernier".

Käufers um Verkaufsbedingungen gehandelt habe, auf die sich ein Käufer berufen habe. Wenn aber ein Käufer seine Verkaufsbedingungen dem Geschäft zugrundelege, dann handele es sich nicht um "unvereinbare" Klauseln, die sich dann auch nicht gegenseitig aufheben können.

Ähnlich entschied auch der Cour d'appel von Douai ¹²⁵, der auch eine Annullierung sich widersprechender Gerichtsklauseln verweigerte, weil die Käuferin in ihren Bedingungen jede widersprechende Klausel ausgeschlossen hatte, es sei denn eine diesbezügliche Vereinbarung läge vor. Die Verkäuferin verwies nur auf ihren Gerichtsstand.

Durch diesen rigorosen Ausschluß durch die Käuferin habe der Verkäufer aber den Vorteil erlangt, eine selbständige Vereinbarung über den Gerichtsstand zu fordern, den die Käuferin mangels ausdrücklicher Annahme stillschweigend akzeptiert habe.

Ebenso konnte nach Auffassung der Cour de cassation eine Gerichtsstandsklausel in einem Vertragsangebot, weil sie klar und deutlich darin enthalten war, die Vermutung der Annahme dieser Gerichtsstandsklausel durch die andere Partei nicht beseitigen, während sich die Gerichtsstandsklausel der anderen Partei nur kleingedruckt auf der Rückseite des Bestellscheins befand ¹²⁶).

Dieser Überblick über einige Entscheidungen der höchsten französischen Gerichte zwingt nun zu der Feststellung, daß es sich bei dem eingangs aufgezeigten Grundsatz der Annullierung sich widersprechender Klauseln um ein vielfach durchbrochenes Prinzip handelt, das aber immer wieder bestätigt wird, wenn unvereinbare Klauseln vorliegen ¹²⁷).

125) Douai, 5.11.1965, Rev.tr.dr.com.1967.132.

126) Cass.civ.29.10.1964, G.P.1965. 1.45; s.a. Cour d'appel von Paris, 25.6.1958, G.P.1958.II.125.

127) Cour d'appel Colmar, 29.5.1973, D.73. Somm.147.

Die deutsche Rechtsprechung geht bei der Lösung der wechselseitigen Bezugnahme andere Wege, in dem sie die AGB desjenigen gelten läßt, der zuletzt auf seine AGB verwiesen hat ¹²⁸⁾.

Dies wird in der deutschen Rechtslehre heftig kritisiert, denn bei beiderseitigen Verweisungen könne keine Partei davon ausgehen, die andere habe durch Schweigen ihre AGB akzeptiert. Ferner werden die AGB nicht schon allein durch stillschweigende Erbringung und Entgegennahme der Leistung Vertragsbedingung ¹²⁹⁾.

Vielmehr wird vorgeschlagen, daß bei einem nicht ausgetragenen Streit um einander widersprechende AGB diese jeweils nur insoweit gelten sollen, als sie der anderen Partei günstig sind, oder sich nicht auf den Schuldvertrag beziehen (z.B. Eigentumsvorbehalt).

Im übrigen soll das dispositive Gesetzesrecht Anwendung finden, was sich mit der französischen Auffassung decken würde ¹³⁰⁾.

Damit wird auch die Haltung der deutschen Rechtsprechung angegriffen - das Schweigen auf die gegnerische AGB als Zustimmung zu werten - wenn die schweigende Partei vorbehaltlos geliefert hat ¹³¹⁾.

Dieser Kritik trägt man jetzt in der neueren Rechtsprechung in der Weise Rechnung, daß man im Zweifel annimmt, daß die AGB beider Parteien nicht Vertragsinhalt werden ¹³²⁾, ohne daß hierdurch die Wirksamkeit des Vertrages im übrigen berührt wird ¹³³⁾.

128) BGH LM § 150 Nr.3 u.6; vgl. Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S. 38 m.w.N.

129) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S.38; Tengelmann, DB 1968, 205; Grasmann, DB 1971,595.

130) Flume, a.a.O., § 37,3.

131) Köln, MDR 1971, 762; das OLG geht davon aus, daß mit der Annahme des Antrags unter Zugrundelegung anderer AGB nur ein neuer Antrag vorliegen würde (§ 150 II BGB), den die andere Partei durch ihr widerspruchloses Verhalten bei der Lieferung angenommen hat, s.Kritik Medicus, § 4 IV, 6.Aufl. 1973.

132) BGH WPM 1974, 842; Karlsruhe DB 1972, 1914.

133) BGHZ 61,282.

Eine solche Einstellung nähert sich somit der französischen Auffassung, die aber von dem Grundsatz ausgeht, daß sich widersprechende Geschäftsbedingungen aufheben und hierfür einige Einschränkungen zuläßt, während im deutschen Recht die AGB beider Parteien nur im Zweifel nicht Vertragsinhalt werden.

IV. Schweigen auf sogenannte "nachgeschobene" Geschäftsbedingungen

Bei der Untersuchung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens wurde schon festgestellt, daß vom zugrundeliegenden Vertrag abweichende Bedingungen dann Vertragsinhalt werden können, wenn der Kaufmann ¹³⁴⁾ geschwiegen hatte, obwohl von ihm ein Widerspruch erwartet werden durfte ¹³⁵⁾.

Zu den abweichenden Bedingungen können nach deutschem Recht auch die AGB gehören, aber nur wenn ausdrücklich auf sie verwiesen wurde. Dabei lassen deutsche Gerichte es auch zu, daß dies ausreichen soll, d.h. die AGB werden Vertragsinhalt, auch wenn sie nicht beigelegt sind ¹³⁶⁾.

Umgekehrt soll aber ein Abdruck der AGB auf der Rückseite ¹³⁷⁾ des Bestätigungsschreibens oder eine bloße Beifügung ¹³⁸⁾ nach einigen Gerichten nicht genügen ¹³⁹⁾.

134) Im allgemeinen rechtsgeschäftlichen Verkehr gilt dieser Grundsatz nicht, s. BGH NJW 1963, 1248, es sei denn, Nichtkaufleute nehmen wie Kaufleute am Geschäftsleben teil, BGHZ 40, 42; Düsseldorf DB 1966, 458; das französische Recht differenziert nicht zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann, weil das Bestätigungsschreiben nur ausnahmsweise aufgrund seines Zweckes einer anderen Wertung bei nachgeschobenen Klauseln unterliegt. Der Zweck ist aber unabhängig vom Berufsstand.

135) BGHZ 7, 190; 18, 216.

136) Düsseldorf NJW 1965, 762.

137) S.o. S. 189.

138) S.o. S. 190.

139) RG JW 25, 779; Düsseldorf NJW 1965, 762.

Die französischen Gerichte sind demgegenüber nicht so großzügig ¹⁴⁰⁾, und lassen außerdem im Rahmen ihrer Prüfung nur solche Klauseln zu, die den Grundvertrag "interpretieren", aber nicht "modifizieren". Es wird also von Fall zu Fall untersucht, ob das Bestätigungsschreiben mit der streitigen Klausel ein "lettre interprétative" oder ein "lettre modificative" ist.

Trifft letzteres zu, dann wird die betreffende Klausel nicht Vertragsinhalt durch das Schweigen des Empfängers, was der deutschen Auffassung entspricht, die "erhebliche" Abweichungen auch nicht zuläßt ¹⁴¹⁾.

Hat das Bestätigungsschreiben nur "deklaratorische" Bedeutung ¹⁴²⁾, dann werden zusätzliche Bedingungen auch im französischen Recht Vertragsinhalt. Bei einem "konstitutiven" Bestätigungsschreiben ¹⁴³⁾ wird man dies aber nur im Rahmen der oben erwähnten Wertung einer "lettre interprétative" annehmen können, wobei man sich auch der französischen Grundhaltung im Hinblick auf Klauseln nach Vertragsschluß bewußt sein muß, die eine Kenntnissnahme dieser Klauseln zur Zeit des Vertragsschlusses verlangt ¹⁴⁴⁾. Nur die besondere Funktion des Bestätigungsschreibens als Beweismittel rechtfertigt, je nach Einzelfall, davon eine Ausnahme ¹⁴⁵⁾.

140) Sie verlangen auch hier den Nachweis der tatsächlichen Kenntnis, so daß ein einfacher Hinweis nicht ausreichen wird.

141) Die deutsche Rechtsprechung läßt aber "erheblichere" Divergenzen als die französische zu, s.o., S.150.

142) S.o., S.143 ff.

143) S.o., S.147 ff.

144) Cass.civ. 5.12.1973, D.S.1974. Somm.22 Cour d'appel Rouen, 8.2.1974, D.S. 1974. Somm.72.

145) Im internationalen Großhandel scheint man eher im französischen Recht nachgeschobenen Bedingungen gegenüber der schweigenden Partei Wirkung zuzubilligen, s. Cour d'appel Paris, Rev.d.l'arbit.1972.133; bei inländischen Handelsgeschäften neigen die Gerichte aber dazu, es abzulehnen, s.z.B. Cass.civ.Bull.civ.1972.IV. 47, Nr.48.

Bezüglich der Rechnungen und anderen Handelsschreiben wird dieser Grundsatz aber angewandt, wie der Kassationshof in einer neueren Entscheidung bewies. Es handelte sich um den schon an anderer Stelle zitierten Fall ¹⁴⁶⁾, in dem eine Mutter mit ihrer Tochter drei Reiseunternehmen auf Schadenersatz verklagte und die Beklagten auf einem anderen Gerichtsstand bestanden, der in ihren Geschäftsbedingungen klar zum Ausdruck gekommen sei. Diese Bedingungen befanden sich nur in einem Prospekt vor Vertragsschluß und in der Rechnung nach Abschluß des Vertrages. Nachdem der Kassationshof einen Prospekt als Grundlage für Geschäftsbedingungen abgelehnt hatte ¹⁴⁷⁾, weigert er sich auch, Klauseln eine Wirkung zuzubilligen, die sich auf der Rechnung befunden haben ¹⁴⁸⁾, weil sie erst nach Vertragsschluß der schweigenden Partei zugegangen seien ¹⁴⁹⁾.

Mit dieser Entscheidung unterstrich die Cour de Cassation ihre bisherige Auffassung, eine Klausel nach Vertragsschluß nicht anzuerkennen, obwohl auch hier wieder von Fall zu Fall entschieden werden muß, weil es im souveränen richterlichen Ermessen des Gerichts liegt, darüber zu entscheiden, ob ein ausreichender Beweis für eine Willensübereinstimmung gegeben ist ¹⁵⁰⁾.

Denn, ob die andere Partei Kenntnis von den Klauseln hatte, ist Tatfrage. Das Gericht kann nur nach einer Würdigung der Umstände entscheiden, ob dies zutrifft.

146) S.O.,S. Cass.civ.5.12.1973, D.S.1974.Somm.22.

147) Cass.civ.: "...sans que rien ne démontre qu'avant de conclure le contrat et de verser le prix du voyage, elles en aient en connaissance.

148) Cass.civ.a.a.O.: "clause était au moment de la conclusion à laquelle elle est opposée..."; vgl. auch Cass. civ.17.12.1957, Bull.civ.III. 300 Nr.350; Cass.civ. 5.6.1959, Bull.civ.II. 277, Nr. 424; 23.10.1963. Bull. civ.II. 490, Nr. 656; 8.4.1967, Bull.civ.III. 133, Nr. 132.

149) Ähnlich Cass.com.7.2.1972, D.S. 1972.Somm.141; 19.7.1971, D.S.1971. Somm.216.

150) Cass.com.7.2.1972 a.a.O.: "...se borne à faire usage de leur pouvoir souverain..."

Aus diesem Grunde gibt es auch Ausnahmen von dem Grundsatz, daß nachgeschobene Klauseln auf Rechnung oder anderen "documents commerciaux" keine Wirkung entfalten können. So wurde dem Schweigen auf Klauseln in einer Rechnung eine Erklärungswirkung zuerkannt, weil die Partei über mehrere Jahre hinweg Rechnungen mit den besagten Klauseln ohne Widerspruch akzeptiert hatte ¹⁵¹⁾.

"Rapports d'affaires" können z.B. für die französischen Richter die Umstände sein, eine Kenntnisnahme trotz nachgeschobener Klauseln anzunehmen, weil zahlreiche Geschäfte, bei denen sich die Bedingungen befunden haben, dem konkreten Vertrag vorausgegangen waren ¹⁵²⁾.

Auch scheint die französische Rechtsprechung in Hinblick auf Quittungen und Empfangsscheine nach Vertragsschluß großzügiger mit einer Anerkennung der Klauseln zu sein, doch handelt es sich nur um vereinzelte Entscheidungen ¹⁵³⁾ die kritisiert werden ¹⁵⁴⁾, weil auch hier die Klausel nach Vertragsschluß eingeführt wird.

In Bezug auf die Rechnung mit der zugelassenen Ausnahme bei "rapports d'affaires" kommt das deutsche Recht zum gleichen Ergebnis ¹⁵⁵⁾, so daß kein Unterschied besteht,

151) Cass.civ.16.10.1967, D.1968. 193, Anm. Plaisant; S.a. Aix 2.2.1954, D.1954, 193; Riom 16.12.1966, D.1967.335

152) Vgl. Cour d'appel Paris 9.1.1967, Rev.trib.dr.com.1967 759; vgl. Solus-Perrot, Anm.unter Rec.D.S.1974.400 mwN

153) Cass.civ.9.3.1942. D.C. 1942. 61; Trib.Seine 20.2.1952 D.1952.353.

154) Rieg, Contrat-type et contrat d'adhésion, in Etudes de droit contemporain, Contributions francaises au VIIIe Congrès Intern. de droit comparé, Pescara 1970, S. 105 ff, 114.

155) S.o.S.160, obwohl der Kassationshof in einer neueren Entscheidung gegensätzlicher Auffassung war und Geschäftsverbindungen als nicht ausreichend für eine Kenntnisnahme ansah, 27.3.1973, D.1973 I.R.128.

der aber beim Bestätigungsschreiben vorhanden ist, wenn man von der konstitutiven Bedeutung ausgeht.

Zusammenfassung

Unterschiede zum deutschen Recht

1. Im französischen Recht wird - im Gegensatz zum deutschen - noch zusätzlich der Nachweis der tatsächlichen Kenntnisnahme der Geschäftsbedingungen vor Vertragsschluß verlangt, und man erkennt somit ein "Kennenmüssen" grundsätzlich nicht an.
2. Die Voraussetzungen der Kenntnisnahme vor Vertragsabschluß werden in Frankreich nicht durch eine Branchenüblichkeit erfüllt, d.h., der französische Empfänger muß nicht mit dem Vorhandensein branchenüblicher Geschäftsbedingungen rechnen.
3. Bei sich widersprechenden Geschäftsbedingungen werden die Bedingungen beider Parteien nicht Vertragsinhalt, während die deutsche Rechtsprechung die AGB desjenigen gelten läßt, der sich zuletzt auf sie berufen hat. Doch im Zweifel entscheidet man ähnlich wie die französische Rechtsprechung, wobei die neuere Rechtsprechung ebenfalls auf dispositives Recht zurückgreift.
4. Bei nachgeschobenen Geschäftsbedingungen differenziert die deutsche Rechtsprechung mehr nach dem Zweck der Schreiben, in denen sich die AGB befinden, und läßt es beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben zu, daß sie Vertragsinhalt werden. Demgegenüber geht die französische Rechtsprechung von dem Grundsatz aus, daß der Empfänger von den Klauseln z.Zt. des Vertragsabschlusses Kenntnis gehabt haben muß, was bei Schreiben nach Vertragsschluß nicht der Fall sei. Doch läßt man auch beim Bestätigungsschreiben Ausnahmen zu, die den Zweck hervorheben, was aber der Einzelfall entscheiden

muß. Demgegenüber verfährt man bei der Rechnung streng dieses Prinzip. Ausnahmen bestätigen aber hier - wie im deutschen Recht - die Regel, wenn z.B. ständige Geschäftsbedingungen zugrundeliegen.

Dritter Teil

Das Schweigen als Vertragsannahme und die stillschweigende Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in kollisionsrechtlicher Hinsicht

A. Die Kollisionsnormen

I. Die Einleitung

Der Vergleich des deutschen Rechts mit dem französischen Recht hat für das Schweigen als Vertragsannahme und die stillschweigende Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) die Unterschiede deutlich aufgezeigt, die trotz der Verwandtschaft ¹⁾ der beiden Rechtsordnungen bestehen.

Dabei wurde festgestellt, daß das Schweigen bei vielen Einzelfragen im deutschen Recht anders gewertet wird, als in den gleichen Fällen im französischen Recht.

Dies ist teils darauf zurückzuführen, daß in Frankreich unterschiedliche Grundsätze im Bereich der Willenserklärung aufgestellt wurden, z.B. über die Widerruflichkeit eines Vertragsangebotes ²⁾. Teilweise hat der deutsche Gesetzgeber Rechtsregeln geschaffen, die dem Schweigen eine rechtliche Wirkung beimessen, deren Äquivalent nicht im französischen Recht zu finden ist ³⁾. Das bedeutet aber nicht, daß nur deutsche Gesetze dem bloßen

1) David, René, "Les grands systèmes de droit contemporains" 5. Aufl., 1973, S. 23: "famille romanogermanique".

2) S.o.S.1 f.

3) S.o.S.73 f.

Nichtstun eine Erklärungswirkung geben. Auch der französische Gesetzgeber hat in einigen Vorschriften bestimmt, daß dem Schweigen die Bedeutung einer Erklärung zukommt⁴⁾.

Neben diesen Unterschieden hat der Vergleich der Sachnormen jedoch auch ergeben, daß trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte in beiden Staaten ähnliche Ergebnisse erzielt wurden⁵⁾.

Für die weitere Untersuchung kommen aber nur die Unterschiede in der Bewertung des Schweigens als Vertragsannahme in Betracht, weil sie den aufgezeigten Weg⁶⁾ für eine isolierte Anknüpfung des Schweigens im IPR rechtfertigen können.

Es stellt sich nämlich in einem Auslandsfall mit Berührung zu Frankreich die Frage, ob man dem Verhalten des Schweigenden eine rechtliche Wirkung beimessen kann, wenn ihm in seinem "Heimatrecht"⁷⁾ keine solche Bedeutung zukommt.

Da man von ihm - wenigstens bei Distanzverträgen - nicht die Kenntnis fremder Rechtsregeln erwarten kann, die einem für ihn nicht voraussehbaren Verhalten eine Erklärungswirkung geben würden, sollte man auf das ihm vertraute Recht Rücksicht nehmen, wenn sein Verhalten als Vertragsannahme

4) S.O.S.86 ff, 96 ff.

5) S.O.S.103 ff, 108 ff.

6) Diese Gemeinsamkeiten könnten die Grundlage für eine materielle Rechtsvereinheitlichung bilden, was hier aber nicht näher ausgeführt werden soll.

7) Dieser Begriff, den der BGH gelegentlich verwendet (BGH AWD 1971, 408) ist nicht sehr genau. Denn es geht nicht um die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, wie sie bei vergleichbaren Sachverhalten früher angeklungen ist (BGH JZ 1955, 702), sondern um das dem ausländischen Geschäftspartner "nähere" Recht. Der BGH hat auf das Wohnsitzrecht abgestellt, doch entspricht dem Gedanken des "Umweltrechts" besser das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt (Kegel, IPR, S. 242), bzw. am Geschäftssitz.

im deutschen Kollisionsrecht angeknüpft werden soll.
Dem am ehesten gerecht wäre nur eine Sonderanknüpfung
des Schweigens.

II. Die Sonderanknüpfung des Schweigens

1. Maximen der Anknüpfung

Sieht man in der Vertragsannahme einen selbständigen Tatbestand einer Kollisionsnorm, so erscheint es einfach, aufgrund des engsten sachlichen Zusammenhangs, bei der Wahl der Anknüpfung auf das "Heimatrecht" des Schweigens abzustellen⁸⁾.

Dies entspricht auch dem rechtspolitischen Interesse des Betroffenen, nach einer Rechtsordnung beurteilt zu werden, "der er eng verbunden ist"⁹⁾.

Doch übersieht man dabei, daß die Vertragsannahme ein Tatbestandsmerkmal, also ein Teil eines Lebenssachverhaltes ist, der aufgrund des Sinnzusammenhangs, den jede Rechtsordnung für sich verwirklicht, einheitlich einer Rechtsordnung unterliegen sollte¹⁰⁾, d.h., Voraussetzung und Wirkung eines Vertrages sollten einem einheitlichen Vertragsstatut unterstellt werden, weil es sich um zusammengehörige Fragen handelt¹¹⁾.

8) S.z.B. Rabel, "Die deutsche Rechtsprechung zu den einzelnen Lehren des IPR", RabelsZ 3 (1929) 752 ff, 754; Wahl, "Das Zustandekommen von Schuldverträgen und ihre Anfechtung wegen Willensmangel", RabelsZ 3 (1929) 775 ff; Ferid, "Zum Abschluß von Auslandsverträgen", 1954, S.24-26.

9) Kegel, IPR, S. 243; Braga, Kodifikationsgrundsätze im IPR, RabelsZ 23 (1958) 421 ff, 440 f.

10) v. Hoffmann, Vertragsannahme durch Schweigen im internationalen Vertragsrecht, RabelsZ 36 (1972) 510 ff, 512.

11) v. Hoffmann, a.a.O., S. 512 m.w.N.

Eine Aufteilung eines Lebensverhältnisses aber in mehrere Tatbestände und deren gesonderte Unterstellung unter verschiedene Rechtsordnungen, widerspricht dem Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang, denn je mehr Rechte in einem Fall anzuwenden sind, um so schwerer wird es sein, widerspruchsfrei zu entscheiden¹²⁾.

Der innere Entscheidungseinklang erfordert demnach, daß man eine Kollisionsnorm weit fassen muß, also möglichst alle Fragen eines Rechtsverhältnisses einem einheitlichen Statut unterstellen muß. Doch darf das "Ideal des Entscheidungseinklangs nicht zur Simplifizierung führen", d.h., bei einer Teilfrage kann eine Beachtung der ihr angemessenen Rechtsordnung berechtigt sein¹³⁾.

Die für die Wahl der Anknüpfung beim Schweigen als Vertragsannahme maßgebenden Gesichtspunkte sind somit rechtspolitische Interessen¹⁴⁾, wobei sich das nicht schranken-

12) Doch selbst im EGBGB sind für die Fragen der Geschäftsfähigkeit und der Form spezielle Kollisionsnormen (Art. 7 u. 11) zu finden, obwohl diese Fragen auch in den einheitlichen Lebenssachverhalt "Vertrag" gehören. Nach Serick, Sonderanknüpfung von Teilfragen im IPR, RabelsZ 18 (1953), 633 ff, 637, liegt der Grund für die Frage der Geschäftsfähigkeit in der historischen Überlieferung. Es handele sich dabei nur um Ausnahmenvorschriften.

13) Neuhaus, "Die Grundbegriffe des IPR", S.111.

14) Es ist seit langem anerkannt, daß zur Verwirklichung der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit nur internationalprivatrechtliche Interessen in Betracht gezogen werden, d.h., bei der Frage, welches Recht am besten angewandt wird, ist nur auf die Anknüpfung, die allen rechtspolitischen Interessen entspricht, abzustellen, s. Kegel IPR S. 43; ders. Begriffs- und Interessenjurisprudenz im IPR, Lewald-Festschrift 1953, S. 259 ff, 261; s.a. f. Frankreich, Louis-Lucas, Clunet 83 (1956), S. 788.

lose¹⁵⁾ Parteiinteresse des Schweigenden und das Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang gegenüberstehen.

Nicht zu den Maximen dieser Anknüpfung kann demgegenüber das Parteiinteresse des anderen Vertragspartners gerechnet werden, weil seine Interessen nicht den Anknüpfungsgegenstand "Schweigen" selbst, nicht unmittelbar wie das Parteiinteresse des Schweigenden und das Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang, betreffen.

Sie stützen sich vielmehr auf die Erwägung, daß bei einer Sonderanknüpfung zugunsten des Schweigenden der Vertragspartner mit einem Nichtzustandekommen des Vertrages rechnen muß, was für ihn mit wirtschaftlichen Nachteilen verbunden sein kann, obwohl er eine andere Anknüpfung erwartet hat. Damit werden aber materiellrechtliche Interessen herangezogen, die erst dann beachtet werden dürfen, wenn ein entsprechender kollisionsrechtlicher Verweisungsbefehl ergangen ist, d.h., materiellrechtliche Interessen, die für das sachlich beste Recht berücksichtigt werden können und müssen, gelten nicht im Kollisionsrecht, wo nur das "räumlich beste Recht" zur Anwendung kommen soll.

Ganz abgesehen davon, hat eine Sonderanknüpfung des Schweigenden für den anderen Vertragsteil auch den Vorteil, daß nicht vom Ergebnis, ob nun das Schweigen Zustimmung oder Ablehnung ist, ausgegangen, sondern unabhängig davon die Anknüpfung vorgenommen wird, so daß die Bewertung des Schweigens dem Schweigenden auch zum Nachteil gereichen kann, wenn seine ihm vertraute Rechtsordnung großzügiger als das Recht des anderen Vertragspartners ist.

Außerdem kann der Vertragspartner einmal selbst in die Lage geraten, in der ein deutsches Gericht darüber entscheiden

5) Die Grenze liegt im Verkehrsinteresse, s.u.S.234 f.

soll, ob das durch die Sonderanknüpfung ermittelte Annahmestatut oder das einheitliche Vertragsstatut angewendet werden soll. Auch hier kann eine Sonderanknüpfung für ihn von Vorteil sein, wenn das deutsche Recht die Grenzen in der Bewertung des Schweigens als Zustimmung früher zieht als das seinem Vertragspartner vertraute "Heimatrecht", so daß eine Gegenseitigkeit zumindest vor einem deutschen Gericht bestehen würde.

Für die Anknüpfung des Schweigens als Vertragsannahme kommen als rechtspolitische Interessen demnach nur das durch das Verkehrsinteresse eingeschränkte Parteiinteresse des Schweigenden und das Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang in Betracht.

Das Gebot der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit¹⁶⁾ erfordert nun¹⁶⁾, daß eine Anknüpfung für das Schweigen vorgenommen wird, die den involvierten Interessen am besten entspricht. Da den einzelnen Interessen gleich starkes Gewicht beigemessen wird¹⁷⁾, kann man nur eine Interessenabwägung in Betracht ziehen und diejenige Anknüpfung als die maßgebende ansehen, für die überwiegende Gründe sprechen.

16) Kegel, IPR, S. 73.

17) Neuhaus, a.a.O., S. 111.

2. Stellungnahme des BGH

Vor der Frage, welchem Interesse der Vorzug zu geben ist, stand auch der BGH bei seiner Entscheidung über den Ausgangsfall dieser Arbeit¹⁸⁾.

Der BGH entschied sich dabei für das Parteiinteresse des Annehmenden, weil die Bewertung eines menschlichen Verhaltens auch eine Angelegenheit ist, "die der Partei nahegeht"¹⁹⁾ und deshalb die Berücksichtigung des "Heimatrechts" des Schweigenden rechtfertigt.

3. Aufspaltungsverbot, Anknüpfungsgegenstand bei Teilfragen und Bedeutung ähnlicher Bestandteile

Diese Einstellung des BGH führt zu einem besonderen Annahmestatut für das Schweigen, d.h. die Annahme wird neben der Rechtsfigur "Vertrag" für sich als "Teilproblem", als "Teilfrage" des Vertrages angesehen. Das kann dazu führen, daß mehrere Rechtsordnungen bei verschiedenen Teilfragen nebeneinander zur Anwendung kommen können. Die Annahme eines Vertrages kann demnach z.B. französischem Recht unterstehen, während der übrige Vertrag - abgesehen von der Geschäftsfähigkeit und Form, die auch gesondert behandelt werden - nach deutschem Recht beurteilt werden würde. Das Rechtsinstitut des Vertrages wird also auseinandergerissen, was zur Folge hätte, daß es seinen Sinngehalt verlieren könnte, "wenn man einen Bestandteil dieser Rechtsfigur durch einen "fremdartigen" ersetzen würde"²⁰⁾, d.h., wenn man den Vertrag nicht insgesamt einem Recht unterwerfe, wodurch seine Einheit gewahrt wäre, sondern z.B. die Annahme einem anderen Recht mit seinen rechtlichen Vorstellungen über

18) BGHZ 57, 72 " NJW 1972, 391 = AWD 1971, 589

19) Kegel, IPR, S. 44

20) Serick, a.a.O., S. 635

die Annahme eines Vertrages unterstellen würde. Serick²¹⁾ hat in ähnlichem Zusammenhang bemerkt, daß man bei Berücksichtigung von Teilfragen ein Rechtsinstitut "denaturieren" würde. Da nach der hier vertretenen Auffassung eine Sonderanknüpfung des Schweigens befürwortet werden soll, das ein Teilproblem im rechtsgeschäftlichen Bereich ist, spräche dieser Gesichtspunkt gegen eine Sonderanknüpfung von Teilfragen, weil der "Austausch von Bestandteilen"²²⁾ die Einheit eines Rechtsinstituts auseinanderreißen würde.

Kann man aber aus diesem Grunde nur eine einseitige Beachtung des Ordnungsinteresses am inneren Entscheidungseinklang fordern?

Darf es dazu führen, daß man generell von einem "Aufspaltungsverbot"²³⁾ bei Teilfragen ausgeht und andere Interessen überhaupt nicht mehr berücksichtigt?

Eine solche starre Einstellung geht m.E. zu weit und zieht nur eine "formale Maxime"²⁴⁾ der Rechtssicherheit in Betracht, während das Gebot der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit es auch erfordert, daß eine Anknüpfung für das Schweigen als Vertragsannahme allen involvierten rechtspolitischen Interessen entspricht.

Außerdem ist zu bezweifeln, ob das starre Prinzip der nationalen Einheit einer Rechtsfigur so hoch gehalten werden muß, wenn verwandte Rechtsinstitute oder zumindest ähnliche Bestandteile in anderen Rechtsordnungen existieren.

21) Serick, a.a.O., S. 635.

22) Ders., S. 635.

23) Ders., S. 637.

24) v. Hoffmann, a.a.O., S. 512.

Denn das Problem des Schweigens auf ein Vertragsangebot ist in fast allen Rechtsordnungen zu finden. Überall da, wo der Vertrauensschutz im Rechtsverkehr als Grundsatz anerkannt ist, versucht man einerseits, dem bloßen Schweigen, das eigentlich aufgrund seiner Struktur ein rechtliches "Nichts" ist, eine Erklärungswirkung zu geben, andererseits doch den Schweigenden noch zu schützen.

Dabei werden auch in Frankreich Anschauungen von Recht, Gerechtigkeit und Rechtswerten, die in der Gemeinschaft oder in den beteiligten Verkehrskreisen, wie z.B. bei Kaufleuten, verankert sind, berücksichtigt. Nur liegen, wie schon oben ²⁵⁾ festgestellt wurde, nicht immer die gleichen Bewertungsmaßstäbe für das Schweigen als rechtsgeschäftliche Erklärung wie im deutschen Recht zugrunde, d.h., den äußeren Umständen, die für die Bewertung herangezogen werden, messen die französischen Gerichte unterschiedliches Gewicht bei. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß die gleichen Bewertungskriterien, wie etwa Handelsbräuche, ständige Geschäftsverbindung, auch in Frankreich Elemente der "appréciation souveraine" sind.

Kann man nun auf der Grundlage der freien richterlichen Würdigung eines Sachverhaltes mit fast ähnlichen Bewertungskriterien in den verschiedenen Staaten davon ausgehen, daß bei der Sonderanknüpfung einer Teilfrage ein Rechtsinstitut seinen Sinngehalt verlieren würde, wenn das eine Merkmal zwar durch ein "fremdartiges", ²⁶⁾ aber doch ähnliches "ersetzt" wird?

Dies erscheint umso zweifelhafter, wenn eine Ähnlichkeit vorliegt, die auf gleichen Kriterien, wie z.B. Handelsbräuchen und ständigen Geschäftsverbindungen, aufbaut, aber unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe zugrunde legt, so daß auch unterschiedliche Ergebnisse möglich sind.

25) 2. Teil, S.131 ff.

26) Serick, a.a.O., S. 635.

Diese Frage ist nur dahingehend zu beantworten, daß ein Festhalten am einheitlichen Vertragsstatut aufgrund dieser "Fremdartigkeit" der ausländischen Rechtsregel nicht mehr überzeugend ist, so daß der formale Gesichtspunkt, nur systemgerechte Regeln sollen beachtet werden, an Bedeutung verliert.

Da somit eine zu einseitige Beachtung des Ordnungsinteresses am inneren Entscheidungseinklang abgelehnt wird, und eine allgemeine Rangordnung bei einer Interessenabwägung zwischen dem Parteiinteresse des Schweigenden und dem Ordnungsinteresse sich nicht aufstellen läßt, ²⁷⁾ müssen der Gesetzgeber oder die Richter die für die Wahl der Anknüpfung des Schweigens maßgebenden Gesichtspunkte gegeneinander abwägen ²⁸⁾ und das Interesse vorziehen, für das überwiegende Gründe sprechen. ²⁹⁾

4. Internationalprivatrechtliche Interessenabwägung zwischen Ordnungs- und Parteiinteresse des Schweigenden ³⁰⁾

Anknüpfungsgegenstand ³¹⁾ für eine mögliche gesonderte Kollisionsnorm außerhalb des Vertragsstatuts ist das Schweigen

27) Neuhaus, a.a.O., S. 111.

28) Über die verschiedenen Methoden der zu treffenden Wertentscheidung, s. Braga, a.a.O., S. 436.

29) Ob eine Entscheidung über die Anknüpfung gerecht ist, kann verschieden ausfallen, je nachdem, ob man den Staat und seine Normen (in ihrem Gestaltungs- und Anwendungsbereich) zum Ausgangspunkt nimmt, oder ob man eine soziologische Betrachtungsweise vornimmt, mit ihrer besonderen Berücksichtigung der Einzelinteressen, siehe zum Ganzen Braga, a.a.O., S. 435.

30) Diese Interessen sind andere als die im materiellen Privatrecht bedeutsamen; im materiellen Privatrecht geht es um den Inhalt des Rechts, im IPR um die Anwendung eines Rechts, d.h. so darf daher nicht das sachlich beste, sondern nur das räumlich beste angewandt werden, s. Kegel, IPR, S. 42 f.

31) s. Niederer, Einf. in die allgem. Lehren des IPR (1956), S. 131 ff, der den Anknüpfungsgegenstand als Verweisungsbegriff bezeichnet. Eine intern. einheitl. Terminologie hat sich nicht herausgebildet. Eine rechtsvergl. Übersicht gibt Falconbridge, Conflict Rule and Characterization of Question, Can.B. Rev.30 (1952), 103 - 118.

einer Vertragspartei auf ein Angebot. Der funktionelle Vergleich gerade im Handelsrecht zeigt, daß das Phänomen des Schweigens mit Erklärungswirkung in vielen Ländern der Erde bekannt ist, und "annähernd die gleiche soziologische und rechtstechnische Funktion zu erfüllen" hat, eine Voraussetzung, die eine Ansicht allgemein für die Aufstellung von Kollisionsnormen verlangt. 32)

Das Schweigen als "Verweisungsbegriff" einer Kollisionsnorm erfüllt also die Voraussetzungen, die an den Anknüpfungsgegenstand einer Kollisionsnorm gestellt werden, wenn man sich von den nationalen Systembegriffen löst, und die rechtsvergleichende Methode zur Ermittlung der "funktionell-typischen Rechtsinstitute" als Basis für die Verweisungsbegriffe vorzieht. 33)

Doch auch "die annähernd soziologische und rechtstechnische Funktion" des Schweigens verhindert nicht die unterschiedlichen Wertungen des Schweigens mit oder ohne Erklärungswirkung, wie der Vergleich mit der verwandten Rechtsordnung Frankreich in dieser Hinsicht zeigt. 34) Unterschiedliche Bedeutung kommt insbesondere den äußeren Umständen zu, die für die rechtliche Bewertung des Schweigens von den nationalen Richtern herangezogen werden.

Diese objektiven Merkmale sind nun für den Schweigenden innerhalb seiner Rechtsordnung vor auszusehen und einzukalkulieren, weil z.B. Handelsbräuche unter Kaufleuten einen sehr starken Einfluß im kaufmännischen Verkehr ausüben.

Wie stark dieser Einfluß sein kann, wie weit die rechtliche Bedeutung eines Handelsbrauchs z.B. in Deutschland reicht, ist aber erst durch jahrelange Erfahrung im inner-

32) Braga, a.a.O., S. 426.

33) Ders., a.a.O., S. 425.

34) S.o.S. 29 ff; vgl. auch für Engld.,
Cohn, AWD 1972, 601.

staatlichen Rechtsverkehr zu ermessen. Von einem deutschen Kaufmann kann man erwarten, daß er sich z.B. der "konstitutiven" Wirkung eines Bestätigungsschreibens bewußt ist, wenn er nicht gegen die von der ursprünglichen Vereinbarung abweichende Bedingung protestiert.

Ist diese Erwartung auch bei einem Ausländer berechtigt, der die Bedeutung des konstitutiven Bestätigungsschreibens von seiner Rechtsordnung her nicht kennt und davon ausgeht, daß über die endgültige Festlegung des gesamten Inhalts des Vertrages noch verhandelt wird und/oder schweigt, weil er mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht einverstanden ist und Vertragsverhandlungen endgültig als gescheitert ansieht?

Eine solche Erwartung überfordert m.E. den schweigenden Ausländer, der ein Verhalten gezeigt hat, dessen Konsequenzen, falls man deutsches Recht anwenden würde, für ihn nicht vorauszusehen gewesen wären. Denn das Schweigen eines Ausländers auf ein Geschäftsschreiben geschieht vielmehr meist in Unkenntnis bezüglich seiner Bedeutung in der anderen Rechtsordnung, und in der Regel bewußt in Hinsicht auf die eigene, weil sein Verhalten durch sein "Umweltrecht" geprägt wurde.

Unverständlich muß es ihm dann erscheinen, wenn man sein Verhalten nach deutschem Recht bewertet. Geht man nämlich davon aus, daß die rechtliche Bedeutung des Schweigens in dem Unterlassen des möglichen oder gebotenen Widerspruchs liegt, so setzt man voraus, daß eine Pflichtverletzung vorliegt, also eine Obliegenheit zum Handeln existiert.

Dem Schweigenden wird somit die Erklärungswirkung seines Schweigens zugerechnet, wenn man ein Handeln nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte erwarten durfte. Die Berücksichtigung dieser Umstände wird nun in jeder

Rechtsordnung - soweit sie vorhanden sind - verschieden stark gefordert, je nach den Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise, so daß auch eine Verpflichtung zum Handeln nicht immer und in der gleichen Stärke vorhanden ist ³⁵⁾.

Fehlt es somit schon an der Verpflichtung zum Widerspruch in einem anderen Land, so kann man auch nicht beim grenzüberschreitenden Rechtsverkehr erwarten, daß sich der Ausländer in Deutschland dieser Verpflichtung plötzlich bewußt ist, mit der Konsequenz, daß er möglicherweise an den Vertrag gebunden wird. Handelt er aber in Unkenntnis - oder bewußt im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Schweigens in seiner Rechtsordnung -, so fällt es schwer, sein Schweigen nach deutschem Recht unter der Voraussetzung oder Folge fehlerhaften Verhaltens als Zustimmung zu werten, oder eine Haftung für fahrlässiges, auf einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Willen hindeutendes Verhalten im Rechtsverkehr zu begründen ³⁶⁾.

Dies erscheint noch zweifelhafter, wenn man es bei der Fahrlässigkeit ausreichen läßt, daß der Ausländer bei der Anwendung der im deutschen Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß sein Verhalten von einem Dritten als Abgabe einer bestimmten Willenserklärung gedeutet werden konnte.

Die einzige Rechtfertigung für die Unterstellung unter fremde Rechtsregeln liegt in der Gleichstellung des Ausländers mit dem inländischen Geschäftspartner, wie sie

35) S.z. Canaris, Palandt-Heinrichs, Einf.v. § 116 3 b bb, m.w.Nachweisen.

36) Gegen die im deutschen Recht vorhandenen dogmatischen Begründungen (s.Teil II, S. 49 ff) führt Canaris in Festschrift Wilburg 1975, S. 77 ff vier andere dogmatische Möglichkeiten zur Erfassung des Schweigens als Grundlage des Entstehens von Rechtspflichten an.

der BGH z.B. bei den branchenüblichen Allgemeinen Spediteurbedingungen zuläßt ³⁷⁾.

Abgesehen von den fremdrechtlichen Erwägungen, die der BGH heranzieht, um den Ausländer dem Inländer gleichzustellen berücksichtigt der BGH nicht die Tatsache, daß die branchenübliche Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen z.B. in Frankreich nicht von der französischen Rechtsprechung und der ihr folgenden Literatur anerkannt wird, der französische Kaufmann somit nicht branchenübliche "conditions générales" kennen muß, was wiederum sein Verhalten im Geschäftsverkehr prägt ³⁸⁾.

Bewertet man nun ein menschliches Verhalten - wie das Schweigen - im internationalen Rechtsverkehr, so müssen die vertrauten Bewertungsmaßstäbe zugrundegelegt werden. Denn ein Verhalten richtet sich nach dem "Umweltrecht" des Betroffenen, wird durch das Recht geprägt, so daß auch nur das "Heimatrecht" des Schweigenden das Schweigen als fehlerhaftes oder fahrlässiges Verhalten beurteilen darf.

Eine solche Argumentation führt aber dazu, daß das Schweigen als Vertragsannahme an das "Heimatrecht" des Betroffenen angeknüpft werden muß.

Die Frage des Schweigens wird aus der Rechtsfigur "Vertrag" ausgeklammert, für die das Wirkungsstatut gilt und "isoliert" angeknüpft ³⁹⁾. Das entspricht ganz dem Parteiinteresse des Schweigenden, nach einer Rechtsordnung beurteilt zu werden, "der er eng verbunden ist" ⁴⁰⁾.

37) Siehe dazu unten S. 270ff; BGH NJW 1973, 2154; Hepting AWD 1975, 458 f.

38) S.o.S. 192.

39) Ausdruck stammt von Lewald, Das deutsche IPR auf der Grundlage der Rechtsprechung (1931), S. 237.

40) Kegel, IPR, S. 43.

Das Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang, sachlich zusammengehörige Fragen gemeinsam anzuknüpfen, muß demgegenüber zurücktreten, weil die Beachtung des Sinnzusammenhangs eines einheitlichen Lebenssachverhaltes, den jede Rechtsordnung für sich verwirklicht, zu einer ungerechtfertigten Gleichstellung von Ausländern und inländischem Geschäftsteilnehmer in Bezug auf die Beurteilung des Schweigens führen würde ⁴¹⁾.

Diese "formale Maxime" ⁴²⁾ hat zwar einiges Gewicht bei der Abwägung der Interessen, doch darf eine zu starre Berücksichtigung eines formalen Gesichtspunktes nicht zur Folge haben, daß es zu offensichtlichen materiellen Widersprüchen kommt, wie es der Fall wäre, wenn ein menschliches Verhalten, geprägt durch die eigene Rechtsordnung, in einem anderen Staat als Annahme bewertet würde, obwohl sich die schweigende Partei dessen gar nicht bewußt sein kann. Die Frage aber, ob Schweigen im Rechtsverkehr als Zustimmung gedeutet werden darf, sollte nur durch "seine" Rechtsordnung bewertet werden.

41) Vielfach versuchen die deutschen Gerichte, die auch ihnen auffallende Ungerechtigkeit in der Behandlung des Ausländers nicht kollisionsrechtlich, sondern fremdenrechtlich auszugleichen, d.h. bei der Anwendung deutschen Sachrechts wird auf den Ausländer Rücksicht genommen, indem man sich fragt, ob für den Ausländer eine besondere, ihn begünstigende Auslegung der anzuwendenden Vorschriften gerechtfertigt ist, was aber bei dem ADSP nur auf "fremdrechtliche Höflichkeitsfloskeln" (Hepting, AWD 1975, 457, 458) hinausläuft, und an der Gleichstellung von Ausländer und Inländer nichts ändert.

42) v.Hoffmann, a.a.O., S. 512:

Materiell stellt sich die Frage nach der engsten sachlichen Verknüpfung, formal besteht das Problem, sachlich zusammengehörige Fragen gemeinsam anzuknüpfen, damit ein einheitlicher Lebenssachverhalt einer einzigen Rechtsordnung unterliegt, so daß der Sinnzusammenhang, den jede Rechtsordnung für sich verwirklicht, nicht durch Zerstückeln des Anknüpfungsgegenstandes zerstört wird.

Dem Parteiinteresse des Betroffenen an der Anwendung des ihm vertrauten Rechts ist somit der Vorzug zu geben, weil es dem Problem des Schweigens am ehesten gerecht wird, d.h., maßgebend für die Frage des Schweigens als Vertragsannahme oder bei der Einbeziehung von AGB, ist demnach das jeweilige Recht am gewöhnlichen Aufenthalt oder am Geschäftssitz des Betroffenen.

5. Meinungen in der deutschen Literatur

a) Herrschende Auffassungen

Es war schon immer im deutschen Kollisionsrecht streitig, welches Recht darüber entscheiden soll, ob überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung vorliegt.⁴³⁾

Ein großer Teil des deutschen Schrifttums beurteilt wie die meisten deutschen Gerichte alle mit dem Vertragsschluß verbundenen Fragen nach dem Geschäftsstatut des als wirksam unterstellten Vertrages⁴⁴⁾. Das durch das Geschäftsstatut berufene Recht entscheidet also darüber, ob ein menschliches Verhalten als Willenserklärung bewertet werden kann. Es soll demnach dem Vertragsstatut nicht nur die Frage unterliegen, ob das Schweigen überhaupt als Willenserklärung aufgefaßt werden kann, sondern auch, ob eine Offerte oder eine Aufforderung zum Antrag vorliegt, ferner, ob eine verspätete Annahme gegeben ist.

Andere Autoren wollen demgegenüber zwar grundsätzlich an einem einheitlichen Vertragsstatut festhalten, doch ebenfalls Rücksicht auf das Umweltrecht desjenigen nehmen, dessen Verhalten einer rechtsgeschäftlichen Bewertung unterzogen wird, d.h., das Umweltrecht soll darüber entscheiden, ob ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung

43) Nachweise bei Soergel-Kegel, EGBGB, 10.Aufl., 1970, Vorbem. vor Art. 7 Anm. 196.

44) S.z.B. Nussbaum, IPR, 237-239.

angesehen werden kann ⁴⁵⁾.

Bei der Frage aber, ob die Mitberücksichtigung seines Umweltrechts nur beim Schweigen des Betroffenen für notwendig erachtet werden soll oder ob auch andere Fragen im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluß, wie z.B. Bindungswirkung einer Willenserklärung ⁴⁶⁾ nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts - bei Geschäftsleuten das Recht der Niederlassung - des Betroffenen beurteilt werden sollen, gehen die Ansichten wieder auseinander ⁴⁷⁾.

Es dürfte schwierig sein, bei einer solchen Differenzierung feste Regeln für eine Mitberücksichtigung des Umweltrechts des Betroffenen, der möglicherweise durch fremde Rechtsregeln an einen Vertrag gebunden wird, aufzustellen.

Grundsätzlich sollte aber dann das Umweltrecht des Betroffenen herangezogen werden, wenn sein Verhalten als rechtsgeschäftliche Erklärung durch fremde Rechtsregeln bewertet wird, weil das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts die Grenze zwischen der "bloß gesellschaftlichen Sphäre" und dem rechtlich bedeutsamen Verhalten ⁴⁸⁾ anders ziehen und damit auch anders das Verhalten prägen kann. Mit anderen Worten, das Domizilrecht sollte also immer dann berücksichtigt werden, wenn die Beurteilung eines menschlichen Verhaltens der Beantwortung der oben gestellten Fragen zugrundeliegt.

45) Vgl. Soergel-Kegel, a.a.O., Anm. 196 Fußnote 11.

46) Lewald, a.a.O., S. 237; Ferid, a.a.O., S. 25 weitere Nachweise bei Soergel-Kegel, Anm. 197; auch bei v. Hoffmann, a.a.O., S. 512 f.

47) Etwa Lorenz, Konsensprobleme bei international-schuldrechtlichen Distanzverträgen, AcP 159 (1960/61) S. 193, nur für Schweigen mit der Einschränkung, daß Sonderanknüpfung bei Vertragsinitiative des Schweigenden entfällt. Dagegen Soergel-Kegel ganz allgemein, a.a.O., Anm. 197.

48) Jayme in Festschrift Bärmann 1975, S. 509 ff.

b) Theorie vom "zusätzlichen Veto"

Eine Einschränkung bei der generellen Anwendung des Wohnsitzrechts des Erklärenden ⁴⁹⁾ wird von Kegel ⁵⁰⁾ dahingehend vorgeschlagen, daß dieses Umweltrecht nur ein "zusätzliches Veto" hat, d.h., ist der Vertrag schon nach dem Geschäftsstatut nicht zustandegekommen, so findet auch das Recht des Betroffenen keine Berücksichtigung, das Ergebnis der Beurteilung nach dem Geschäftsstatut wird also "negativ korrigiert" ⁵¹⁾.

Es besteht somit nach dieser Auffassung ein Zusammenhang zwischen Vertragsstatut und der Anknüpfung an das Umweltrecht, was eine zweistufige Prüfung des für den Vertragsabschluß maßgebenden Rechts nach sich zieht ⁵²⁾

Zuerst muß nach den Regeln des internationalen Vertragsrechts das Vertragsstatut bestimmt werden, wobei je nach Sachverhalt auf die besonderen Anknüpfungsarten des deutschen internationalen Vertragsrecht, wie ausdrücklicher, stillschweigender, hypothetischer Parteiwille, oder auf die hilfsweise Anknüpfung an den Erfüllungsort eingegangen wird.

Das nach diesen allgemeinen Prinzipien bestimmte Recht wird nun daraufhin untersucht, ob der Vertrag zustande gekommen ist. Ist es der Fall, dann muß noch nach Kegel das Umweltrecht des Betroffenen mit seinen materiellen Regeln über den Vertragsabschluß herangezogen werden, es sei denn, das Vertragsstatut deckt sich schon mit dem

49) Lorenz, a.a.O., will die Anwendung des Umweltrechts nur beim Schweigen ohne Vertragsinitiative zulassen.

50) In Soergel-Kegel, a.a.O., Anm. 196, 197.

51) Kreuzer, IPR des Warenkaufs 1964, S. 110.

52) Ob dies nur für das Schweigen gelten soll oder generell für Erklärungen bezüglich des Vertragsschlusses wird von Kegel dahingehend aufgefaßt, daß es generell gelten soll.

Recht des Betroffenen, dessen Verhalten beurteilt werden soll. Mit anderen Worten, auf das Umweltrecht des Schweigenden wird nur dann Bezug genommen, wenn das Wirkungsstatut für ihn nachteilige Rechtsregeln an das zur Beurteilung anstehende menschliche Verhalten knüpft, d.h., wenn der Vertrag gegen seinen Willen zustande kommt. Warum sollen den Schweigenden aber nur die Vorteile seiner Rechtsordnung treffen? Vorteile, die sich dadurch ausdrücken, daß das durch das Vertragsstatut bestimmte Recht nicht zur Anwendung kommt, wenn das Umweltrecht bezüglich der Bewertung eines menschlichen Verhaltens als Willenserklärung zu einem vom Geschäftsstatut abweichenden negativen Ergebnis kommt.

Sie liegen nach Kegel hauptsächlich darin, daß der Vertrag als nicht zustandegekommen angesehen wird. Diese "negative Korrektur" verliert jedoch ihren Sinn, wenn die *lex causae* das Zustandekommen des Vertrages verneint, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht des Schweigenden eine Annahme bejaht.

Zwar liegen der vorhergehenden Untersuchung über eine nachteiligere Behandlung von Ausländern durch die deutschen Gerichte hauptsächlich die umgekehrten Fälle zugrunde, d.h. der Ausländer wird durch seine "eigenen" Rechtsregeln mehr geschützt, doch wäre auch der Fall denkbar, daß das Schweigen eines Deutschen auf eine modifizierte Annahme eines Franzosen bewertet werden soll. Nach deutschem Sachrecht wäre der Deutsche m.U. gebunden, eine solche Bindung tritt aber nach französischem Recht nicht ein, es sei denn, unter anderen Voraussetzungen ⁵³⁾.

53) S.108 ff.

Geht man nun davon aus, daß Wirkungsstatut französisches Recht sei, so stellt sich⁵⁴⁾ die Frage, warum der schweigende Deutsche nicht nach deutschem Recht beurteilt wird, gleich, ob er sich auf eine Bindung oder Nichtbindung an den Vertrag berufen würde, weil doch "sein" Sachrecht nachteiligere und ihm vertrautere Rechtsfolgen an sein Verhalten knüpft. Warum sollen den Schweigenden nur die Vorteile treffen, wenn er andere Rechtswirkungen, die von seiner Rechtsordnung entwickelt worden sind, gewöhnt ist? Die Theorie vom "zusätzlichen Veto" berücksichtigt diesen Fall nicht, weil er nach dieser Theorie zwar möglich ist, aber nicht anders, als nur zum Vorteil des Betreffenden gelöst werden kann.

In diesen Fällen, in denen das Wirkungsstatut, z.B. deutsches Recht, das Schweigen des französischen Empfängers nicht als Annahme beurteilt, wohl aber das französische "Heimatrecht", besteht nämlich grundsätzlich keine Veranlassung, vom einheitlichen Vertragsstatut abzuweichen. Denn unter diesen Voraussetzungen wird der französische Partner nicht an seinem Schweigen "festgehalten", weil der deutsche Vertragspartner kein schutzwürdiges Interesse hat, mit einer ihm günstigeren Beurteilung zu rechnen, als sie seiner Rechtsordnung und damit dem Wirkungsstatut entspricht.

Nach Kegel prüft man in diesem Fall erst gar nicht, ob das "Heimatrecht" des Schweigenden seinem Verhalten eine andere Bedeutung als das Wirkungsstatut beilegt. Allein die Tatsache, daß das Wirkungsstatut das Schweigen als Ablehnung wertet, reicht aus und führt nicht zur zusätzlichen Berücksichtigung des Umweltrechts des Schweigenden.

Durch diese Nichtberücksichtigung des "vertrauten Rechts" aber wird der Schweigende übergebührlich geschützt, was

54) Die Frage stellt sich auch beim schweigenden Franzosen, wenn einer der Fälle vorliegt, in denen das französische Recht weitergeht (z.B. Versicherungsrecht, s.o. S.96 ff.

auch dem Sinn und Zweck der Theorie Kegels nicht entsprechen kann. Eine Berücksichtigung des "Heimatrechts" des Schweigenden auch in diesem Fall kann man zwar nicht mit dem Interesse des anderen Vertragsteils an einer ihm günstigeren Beurteilung des Schweigens rechtfertigen, es entspricht aber den Gedanken der "vertrauten Rechtsordnung", daß der Schutz des Schweigenden nur soweit gehen kann, wie ihn die eigene Rechtsordnung vorsieht.

Das im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen großzügigere deutsche Recht in der rechtlichen Bewertung des Schweigens als Zustimmung, erforderte einen Schutz des ausländischen Schweigenden, der eine solche positive Beurteilung wie im deutschen Recht von seiner eigenen Rechtsordnung in dem Maße nicht kennt. Dieser Schutz war auch für Kegel Grundlage seiner Theorie, wobei er es zulassen muß, daß der Schweigende auch dann noch geschützt wird, wenn das "Heimatrecht" des Betroffenen schon früher die Grenzen aufgezeigt hat. Welche Grenzen sind nun aber maßgebend, die des Wirkungsstatuts oder die des Heimatrechts des Schweigenden?

Dies kann nur dahingehend beantwortet werden, daß die rechtliche Bewertung eines menschlichen Verhaltens als Zustimmung oder als Ablehnung nur dem vertrauten Recht des Schweigenden unterliegen kann, d.h. wann der Schutz des Betroffenen nachläßt, kann nur sein Recht bestimmen. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Theorie Kegel's zu weit. Man muß ihr zugute halten, daß sie ein Versuch ist, die im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen durch die deutschen Gerichte ausgesprochene ungewohnte Bindung des Schweigenden und ganz generell desjenigen Ausländers, dessen Verhalten nach deutschem Recht beurteilt werden soll, an den Vertrag auszugleichen. Sie darf aber nicht dazu führen, im umgekehrten Fall den Inländer dem Ausländer gleichzustellen, wenn das ausländische Recht Wirkungsstatut ist. Eine Gleichstellung von Ausländer und Inländer muß in jedem Fall vermieden werden. Wird schon auf das dem Betrof-

fenen vertraute Recht Rücksicht genommen, so muß das auch bei nachteiligen Folgen für den Schweigenden gelten. Denn Grundlage jeder Bewertung eines menschlichen Verhaltens ist das das Verhalten prägende Umweltrecht. Dies allein kann und muß nur entscheiden, wie weit der Schutz für den Betroffenen reichen soll. Spricht es eine Bindung an den Vertrag aus, so kommt auch eine dem Schweigenden vertraute Rechtsregel zur Anwendung, die die gegnerische Partei nicht einseitig begünstigt. Die Theorie vom "zusätzlichen Veto" ist deshalb abzulehnen, und die isolierte Anknüpfung des Schweigens (und ganz generell des menschlichen Verhaltens), völlig unabhängig⁵⁵⁾ vom Vertragsstatut vorzuziehen, die den erwähnten Fall berücksichtigt und immer das Umweltrecht des Betroffenen bei der Beurteilung des Schweigens für maßgeblich erklärt, d.h., maßgebend für die Frage des Schweigens als Vertragsannahme ist demnach das jeweilige Recht am gewöhnlichen Aufenthalt oder am Geschäftssitz des Schweigenden, gleich, ob das "heimische" Recht positive oder negative Folgen an das Verhalten knüpft.

Die Schlußfolgerung, daß die isolierte Anknüpfung dem Problem des Schweigens am ehesten gerecht wird, bedeutet aber nicht, daß das Parteiinteresse des Schweigenden schrankenlose Berücksichtigung findet. Insbesondere

55) Umgekehrt kann aber die isolierte Anknüpfung das Vertragsstatut beeinflussen. Wenn nämlich keine Vereinbarung über das anwendbare Recht vorliegt, weil das Schweigen isoliert angeknüpft einem Recht untersteht, das die Vertragsannahme verneint, dann kommt es nunmehr auf den hypothetischen Parteiwillen an. Dieser kann ferner durch die isolierte Anknüpfung beeinflusst werden, weil nach der Rechtsprechung "eine vernünftige Interessenabwägung nach objektiven Grundsätzen" vorgenommen wird. Als objektiver Gesichtspunkt kann auch das der isolierten Anknüpfung zugrundeliegende Anknüpfungsmerkmal (z.B. Wohnsitz) angesehen werden.

der Verkehrsschutz mit seinen Fragen der Rechtssicherheit, der Stabilität, der Rechtsverhältnisse, des Vertrauensschutzes kann zur anderen Anknüpfung führen, womit man zu einer Präzisierung der Anknüpfung kommt.

III. Präzisierung der Anknüpfung

1. Verkehrsinteresse als Schranke des Parteiinteresses

Hat man das Parteiinteresse für vorrangig vor dem Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang erklärt (s.O.), so folgt daraus nicht, daß sich der Schweigende immer auf sein "Heimatrecht" berufen kann, wie ein vom BGH am 13.7.1973 entschiedener Fall zeigt. Der BGH schränkte nämlich den Grundsatz der Mitberücksichtigung des Umweltrechts des Schweigenden wieder ein ⁵⁶⁾.

Der BGH hatte über die Geltung der Allgemeinen Deutschen Speditieurbedingungen zu entscheiden ⁵⁷⁾.

Die Berücksichtigung des "Heimatrechts" des Betroffenen gilt nicht mehr, wenn der Vertrag in Deutschland geschlossen wird, dabei soll es nach Ansicht des BGH ausreichen, daß der Ort, an dem das Angebot eintrifft, im Inland liegt. Diese Einschränkung der isolierten Anknüpfung des Schweigens als Vertragsannahme ist aber zu weit. Der BGH hätte sie vielmehr an der gesetzlichen Wertung des Art. 7 Abs. 2 Satz 1 EGBGB messen müssen, der auch das Parteiinteresse gegenüber dem Verkehrsinteresse zurücktreten läßt, wenn der Betroffene im Lande seines Gegners ein Verkehrsgeschäft abgeschlossen hat.

56) BGH 13.7.1973, AWD 1973, 631 = WM 1973, 1238 f, 1240.

57) BGH, a.a.O., S. 632,

siehe oben 1. Teil S.11 u.s.u. S.270 ff

Diese Vorschrift ist im vorliegenden Fall entsprechend anzuwenden, doch reicht es dabei nicht aus, daß der Ort, an dem das Angebot eintrifft, im Inland liegt. Vielmehr muß der Ausländer im Inland aufgetreten sein ⁵⁸⁾, d.h., eine isolierte Anknüpfung gilt nicht, wenn der Schweigende eine Agentur oder eine Zweigniederlassung im Inland unterhält, und von dieser aus tätig wurde ⁵⁹⁾. Dasselbe gilt, wenn er selbst oder mittels Vertreter im Inland auftritt ⁶⁰⁾.

Der Schweigende muß also seinen Staat verlassen haben, um in einem anderen Verträge abzuschließen. Ist dies der Fall, dann läßt das Verkehrsinteresse das Parteiinteresse des Schweigenden an der Anwendung des vertrauten Rechts zurücktreten ⁶¹⁾.

Dies hat der BGH übersehen, als er das Verhalten des Betroffenen wieder allein nach dem Wirkungsstatut beurteilt hat ⁶²⁾.

Somit kommt man für das besondere Annahmestatut zu folgenden Anknüpfungen:

1. Geht es bei internationalen Distanzverträgen um die Wertung eines Verhaltens als rechtsgeschäftliche Erklärung, so findet das jeweilige Recht des Betroffenen am gewöhnlichen Aufenthalt oder am Geschäftssitz Anwendung.

58) Kegel, IPR, S. 243.

59) Vgl. BGH WM 70, 1050, 1051; BGH AWD 1965, 487, 488.

60) Vgl. Kegel, IPR, S. 243; Wolff, Das IPR Deutschlands, 3. Aufl., (1954), S. 123; BGH LM Nr. 17 zu Art. 7 ff EGBGB.

61) Selbst eine fremdenrechtliche Berücksichtigung der Ausländereigenschaft im Rahmen des deutschen Sachrechts lehnte der BGH ab, so daß es bei einer Gleichstellung von In- und Ausländer bleibt. Er konnte deshalb so konsequent in der Trennung von IPR und Sachrecht sein, weil er die Ausländereigenschaft bereits bei der Anknüpfung beachtet hat. Ein zusätzliches Argument dafür sah der BGH in der zunehmenden wirtschaftlichen Verflechtung des EWG-Raumes, die es rechtfertige, eine generelle Kenntnis der bei den Partnern im Ausland geltenden AGB vorauszusetzen (s.dazu Hepting, AWD 1975, 458, 460).

62) Kegel, IPR, S. 243.

2. Befanden sich beide Vertragspartner im Inland, und der Betroffene zeigte hier ein solches Verhalten, um dessen Wertung es geht, so ist das inländische Recht (deutsches Recht) analog Art. 7 III 1 EGBGB maßgebend.

2. Präzisierung der Sonderanknüpfung des Schweigens aus materiell-rechtlicher Sicht

a) Informationsobliegenheit des Schweigenden

aa) Darstellung

Wie schon oben dargelegt wurde, werden zu der aufgeworfenen Frage, ob man für das Schweigen als rechtsgeschäftliche Erklärung ein besonderes Annahmestatut aufstellen soll, die verschiedensten Lösungen im deutschen Schrifttum vorgeschlagen, die grundsätzlich den äußeren Vertragsschluß (Angebot und Annahme) vom Wirkungsstatut trennen wollen.

Demgegenüber vertritt v.Hoffmann die Auffassung, die die Anwendung des einheitlichen Vertragsstatuts auch für das Zustandekommen des Vertrages mit materiell-rechtlichen Gesichtspunkten rechtfertigen will, indem sie die Geltung von Sachnormen behauptet, wie z.B. die Informationsobliegenheit des Schweigenden, weil er sich auf Vertragsverhandlungen eingelassen habe, und davon das anwendbare Recht abhängig machen will ⁶³⁾.

Die Unterwerfung des Schweigenden unter fremde Rechtsregeln findet demnach ihre Rechtfertigung in der Einlassung auf beiderseitige Vertragsverhandlungen, die dem Schweigenden die sachliche Obliegenheit aufbürdet, sich über das fremde Recht zu informieren und sich nach dessen Regeln zu verhalten.

63) v.Hoffmann, a.a.O., S. 510 .

Aber auch diese Meinung macht eine Einschränkung, wenn nur einseitig ein geschäftlicher Kontakt angestrebt wurde, ohne daß sich der andere Teil an Vertragsverhandlungen eingelassen hat. In diesem Fall beurteilt sich das Verhalten nicht nach dem präsumtiven Vertragsstatut, sondern nach dem Heimatrecht der Person, der das Verhalten zugerechnet werden soll⁶⁴⁾.

Das Schweigen als Vertragsannahme soll also nur dann isoliert angeknüpft werden, wenn keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, weil nur bei beiderseitiger Anbahnung eines Geschäftes die Vertragspartner in eine vertragsähnliche Pflichtenlage eintreten. Damit versucht von Hoffmann, die aus dem internen Schuldrecht bekannte Rechtsfigur für das IPR fruchtbar zu machen. Der Zweck einer Kontaktaufnahme rechtfertigt den Vorgriff auf vertragliche Pflichten insoweit, als sie auf den Abschluß eines Vertrages gerichtet sei, auch für das Kollisionsrecht, damit also auch die Unterstellung des vorkonsensualen Verhaltens der Parteien unter das Vertragsstatut.

Die Anwendung des fremden Rechts für die schweigende Partei findet demnach "ihre materielle Rechtfertigung im eigenen Verhalten der Partei, weil sie sich auf die Vertragsverhandlungen eingelassen habe". Die Anbahnung eines Geschäftsabschlussesbürdet somit dem Schweigenden die Obliegenheit auf, sich über das fremde Recht zu informieren und sich nach dessen Regeln zu verhalten⁶⁵⁾.

64) v. Hoffmann, a.a.O., S. 515.

65) v. Hoffmann, a.a.O., S. 516.

bb) K r i t i k

Abgesehen davon, daß Sachnormen und materiell-rechtliche Zumutbarkeitsgesichtspunkte bei Sachverhalten mit Auslandsberührung erst anwendbar sind, wenn ein kollisionsrechtlicher Verweisungsbefehl vorliegt, sie also gar nicht bei der kollisionsrechtlichen Frage nach dem anwendbaren Recht herangezogen werden dürften, stehen dieser Meinung erhebliche Bedenken entgegen.

Die Rechtsfragenbereiche des Schweigens als Vertragsannahme und der stillschweigenden Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen gerade in Deutschland sind so vielschichtig und kompliziert, daß man eine Detailkenntnis des Ausländers von dieser Materie schwerlich erwarten kann. Das Schweigen auf ein Angebot mit oder ohne allgemeine Geschäftsbedingungen hängt nämlich immer von dem Eindruck ab, den der Schweigende von der jeweiligen Vertragsabschlußsituation hat.

Ist er der Meinung, daß der Inhalt des Vertrages noch nicht endgültig festgelegt sei, es also noch zu keinem Vertragsabschluß gekommen sei, und sein Vertragspartner sendet ihm z.B. ein Bestätigungsschreiben mit abweichenden Bedingungen, dann müsste sich der Betroffene schon vor oder bei den Vertragsverhandlungen evtl. über die Wirkung eines Bestätigungsschreibens informieren, auf den Verdacht hin, daß sein Vertragspartner ein Bestätigungsschreiben schicken wird. Dabei müßte er wissen, daß die deutschen Gerichte diesem Bestätigungsschreiben "konstitutive" Wirkung beimessen könnten, die z.B. ein Franzose von seiner Rechtsordnung her nicht kennt.

Ferner müsste er sich schon vor oder spätestens bei den Vertragsverhandlungen mit den Problemen der modifizierten Auftragsbestätigung, der verspäteten Annahme, des § 151 BGB etc. vertraut machen, um später der Rechtsfolge eines unter-

lassen den Widerspruch bei einer dieser möglicherweise auftretenden Situation auszuweichen. Auch Kenntnisse im Hinblick auf die stillschweigende Einbeziehung von AGB, z.B. über branchenübliche AGB, sind dann erforderlich.

Dies alles läuft aber auf eine einseitige umfassende Informationsobliegenheit hinaus, die für den Betroffenen ohne juristische Hilfe nicht möglich, und nicht mehr allein durch das beiderseitige Anbahnen eines Geschäftes gerechtfertigt ist.

Diese einseitige Informationsobliegenheit ist auch deshalb nicht mehr berechtigt, weil das eigene Verhalten des Schweigenden abhängig von dem Verhalten des Vertragspartners ist.

Wie soll man sich fremden Rechtsregeln gemäß verhalten, wenn der Vertragspartner die Wahl hat, eine modifizierte Annahme abzuschicken, die zwar ein neues Angebot enthält, doch gemäß § 151 BGB dazu führen kann, daß ein Kaufmann an sein Schweigen gebunden wird?

Die gleiche Frage stellt sich, wenn der deutsche Vertragspartner ein Angebot annimmt, mit dem einfachen Hinweis, daß z.B. die Allgemeinen Spediteurbedingungen seiner Annahme zugrunde liegen, ohne den Text der ADSp hinzuzufügen, auf die der Anbietende dann schweigt. Der Betroffene hat somit erst nach dem Aufzeigen der vertraglichen Vorstellungen des Vertragspartners die Gelegenheit, sich nach diesen Vorstellungen fremden Rechtsregeln entsprechend zu verhalten. Er muß also für jeden Fall gerüstet sein, wenn man der oben aufgezeigten Ansicht folgt, um nicht gegen seinen Willen an einen Vertrag oder eine Klausel gebunden zu werden. Dies erscheint mir völlig wirklichkeitsfremd und überfordert m.E. einseitig den Schweigenden.

(1) Alleiniges Abstellen auf eine generelle Kenntnis?

Geht man nun aber davon aus, daß es ausreichend sei, wenn der Betroffene eine generelle Kenntnis von dem Rechtsfragenbereich des Schweigens in einer anderen Rechtsordnung habe, zumal er von seinem eigenen "Umweltrecht" gewarnt sein müsste, so bliebe dem Schweigenden nur die Möglichkeit, durch eine gesteigerte Aufmerksamkeit einer möglichen Bindung an einen Vertrag oder eine Klausel aus dem Weg zu gehen und auf jeden Fall zu protestieren, weil er somit das geringste Risiko eingeht. Eine Nachlässigkeit, oder besser ein nach seiner Rechtsordnung gerechtes Verhalten, das sich aber von der anderen unterscheidet, darf er sich dann nicht mehr erlauben, was nur zu einer Benachteiligung des Schweigenden führen kann, wenn sein Recht die Grenzen in der Beurteilung des Schweigens als Vertragsannahme enger zieht.

Diese Überlegungen sollen aber nicht dazu führen, die vorvertragliche Pflichtenlage, die durch von Hoffmann für das Kollisionsrecht fruchtbar gemacht worden ist, gänzlich abzulehnen, obwohl sie nur für die hier vertretene Auffassung von der isolierten Anknüpfung sprechen, die weitaus mehr Rücksicht auf den Ausländer nimmt.

(2) Erweiterung der Pflichtenlage auch für die andere Partei

Ohne jetzt die hier vertretene Auffassung aufzugeben, müsste man diese nur für den Schweigenden einseitige Pflichtenlage auch auf den anderen Vertragspartner ausdehnen, indem man ihm Aufklärungspflichten auferlegt, um eine Unterstellung der Partei unter das Vertragsstatut, deren Verhalten bewertet werden soll, rechtfertigen zu können. Dies muß insbesondere dann gelten, wenn der Schweigende kein Kaufmann ist. Der Vertragspartner müsste dann auf die Rechtsfolgen seiner von ihm gewählten Form des Geschäftsschreibens im deutschen Recht hinweisen, was für ihn aufgrund seiner Erfahrung im internen Geschäfts-

verkehr keine unzumutbare Belastung wäre ⁶⁶⁾. Erst mit dem Hinweis auf die Art des Geschäftsschreibens und die rechtlichen Folgen, könnte man beim Unterlassen des Widerspruchs durch den Betroffenen eine Unterstellung unter fremde Rechtsregeln rechtfertigen. Unterließe es aber der Vertragspartner, spätestens bei Vertragsabschluß auf die Konsequenzen seines Geschäftsschreibens hinzuweisen, so müsste auch bei beiderseitiger Anbahnung eines Geschäftes das "Heimatrecht" der schweigenden Partei angewendet werden; denn eine nur einseitige Informationsobliegenheit für den Betroffenen würde dann m.E. zu einer Bevorzugung der anderen Vertragspartei führen, die ohne Erweiterung des Pflichtenkreises auch für die gegnerische Partei, nicht mehr gerechtfertigt werden könnte.

Im Vergleich aber zur isolierten Anknüpfung des Schweigens ist die Theorie auch mit Berücksichtigung der Interessen des Schweigenden nur ein Behelf, der nicht ausreichend alle Interessen würdigt. Erst recht muß man, wenn man, wie v. Hoffmann, nur einseitig auf eine Partei abstellt, diese Theorie ablehnen, weil sie nur "eine formale Vorverlagerung der Vertragsanknüpfung auf den vorvertraglichen Bereich bringt, ohne aber eine Änderung gegenüber dem Vertragsstatut herbeizuführen" ⁶⁷⁾.

b) Problem der Vertragsänderung.

Auch das weitere Argument von v. Hoffmann, bei einer Vertragsänderung handle es sich nicht um dieselbe Situation wie beim Zustandekommen eines Vertrages, kann Bedenken nicht standhalten. Diese "konstruktive" Gleichstellung ⁶⁸⁾ von Vertragsabschluß und Vertragsänderung, wie sie in der internen Rechtsgeschäftslehre vorgenommen wird, könne

66) Ähnlich neuestens Hepting, RIW - AWD 1975, 458.

67) So richtig Hepting, AWD 1975, 458, 461.

68) v. Hoffmann, a.a.O., S. 520.

nicht für das IPR übernommen werden. Denn, während für die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses zu fragen sei, ob beide Teile sich auf Verhandlungen eingelassen haben, stelle sich diese Frage bei der Vertragsänderung nicht mehr. "Postkonsensuales Verhalten" unterstehe aber dem Vertragsstatut.

Die Meinung nahm dabei Bezug auf den vom BGH am 22.9.1971 entschiedenen Fall ⁶⁹⁾, übersieht aber, daß hier nicht eine Vertragsänderung vorliegt, die einen schon bestehenden Vertrag abändert, sondern eine Einbeziehung einer Gerichtsstandsklausel noch im Stadium der Vertragsverhandlungen gegeben ist. Denn so oft der französische Händler, der das Alleinvertriebsrecht für Frankreich mit dem deutschen Fabrikanten vereinbart hatte, Waren bestellte, übersandte er mit diesen Einzelbestellungen der deutschen Vertragspartei Vertragsanträge für den Abschluß von Kaufverträgen ⁷⁰⁾. Diese Anträge wurden dann durch die Übersendung der Auftragsbestätigung mit dem deutlichen Hinweis auf die Verkaufsbedingungen des deutschen Fabrikanten abgelehnt, waren aber verbunden mit dem neuen Antrag ⁷¹⁾, zu seinen Verkaufsbedingungen mit dem französischen Händler abzuschließen. Der deutsche Fabrikant hat demnach die erhaltenen Vertragsangebote auf der Grundlage seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen "akzeptiert", doch lag nach dem Inhalt der Auftragsbestätigungen noch kein Vertragsabschluß vor. Die Ablehnung des Vertragsangebotes der französischen Vertragspartei, verbunden mit dem neuen Antrag, gehört somit noch zum Stadium der Vertragsverhandlungen, fällt also noch in den großen Fragenbereich, ob überhaupt ein Vertrag zustandegekommen ist, wobei diese Einstellung nicht nur in der internen Rechtsgeschäftslehre geläufig ist ⁷²⁾.

69) BGHZ 57, 72 f.

70) S.a. BGHZ, 57, 72, 75.

71) S. Einheitliche Kaufgesetze, in denen diese Regel festgelegt worden ist; siehe unten, S.299 ff.

72) So auch in Frankreich, s.o.S.108 ff .

Das Zustandekommen der Alleinvertriebsvereinbarung hängt mit dem Zustandekommen der Kaufverträge nicht zusammen ⁷³⁾, sondern sichert nur die marktrechtliche Berechtigung, die Fabrikate des deutschen Herstellers zu vertreiben.

Die Kaufverträge, ihr Zustandekommen und die Einbeziehung von Gerichtsstandsklauseln, sind somit rechtlich unbeeinflusst von der Alleinvertriebsrechtsvereinbarung, so daß man nicht davon ausgehen kann, daß eine Gerichtsstandsklausel nachträglich, d.h. nach Vertragsschluß, Vertragsinhalt geworden ist. Sieht man nun in den Bestellungen des französischen Händlers Vertragsanträge, und in den Auftragsbestätigungen eine modifizierte Annahme dieser Anträge, so muß man auch in diesem Problembereich Rücksicht auf das Umweltrecht des Schweigenden nehmen, zumal hier noch das Stadium der Vertragsverhandlungen gegeben ist, ganz abgesehen davon, daß auch bei einer Vertragsänderung eine ähnliche Interessenlage wie beim Zustandekommen eines Vertrages vorliegt, mit welcher der "Annehmende" oder "Schweigende" nicht zu rechnen brauchte.

c) Problem der vom Schweigenden selbst angeregten
Offerte

Nach einer anderen Meinung ⁷⁴⁾ muß sich der schweigende Adressat einer Offerte, nach Treu und Glauben eine Beurteilung durch das künftige Vertragsstatut gefallen lassen,

73) So auch Mezger, Festschrift Wengler, S. 541, 561.

74) Lorenz, a.a.O. (Fußnote 47), S. 193, 215.

wenn er die Offerte angeregt hat ⁷⁵⁾.

Es heißt, verschiedene Intensitätsstufen seien dabei möglich, die vom generellen Sich-Erbieten zu bestimmten Geschäften bis zum individuellen vorvertraglichen Schriftwechsel reichen, so daß der geplante Vertrag in seinen Umrissen schon deutlich erkennbar und auch einer Lokalisierung fähig sei. Sobald sich der Schweigende in diesen Bereich begeben, erwecke er bei dem Offerenten Vertrauen, das eine Unterstellung unter das zukünftige Vertragsstatut rechtfertige ⁷⁶⁾, d.h., durch den so geschnaffenen Vertrauenstatbestand für den Offerenten, daß der Schweigende sich in seine Rechtsordnung - wenn auch nur brieflich - begeben hat, wäre es widersprüchlich, wenn sich der Schweigende auch noch auf den Schutz seines Rechtes berufen würde.

Diese Ansicht übersieht aber m.E., abgesehen von der nur einseitigen Betrachtung eines Vertragsverhältnisses zugunsten des Offerenten, daß sie von internen Vorstellungen über den Grundsatz des "venire contra factum proprium" ausgeht, die nicht unbedingt auch in anderen Rechtsordnungen vorhanden bzw. gleich stark zu finden sind.

Der Gedanke des "venire contra factum proprium" ist in Frankreich nicht fruchtbar geworden. Das französische Recht behilft sich vielmehr mit der Rechtsfigur der "renonciation tacite", des stillschweigenden Verzichts. Wenn aus dem Verhalten des Betroffenen auf den stillschweigenden Verzicht eines an sich bestehenden Rechts geschlossen werden kann ⁷⁷⁾, ist ein späteres widersprüchliches

75) Sowohl auch Hepting, AWD 1975, S. 463, der auf § 11 des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB verweist, in: Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber den AGB herausgegeben v. BMin.d. Justiz, 1974.

76) Lorenz, a.a.O., S. 215.

77) Diese Frage unterliegt dem richterlichen Beurteilungsspielraum.

Verhalten unbeachtlich ⁷⁸⁾.

Ist kein rechtsgeschäftlicher Verzicht feststellbar, so kann nur das Kriterium der "faute" helfen, das eine Rechtsausübung mißbräuchlich macht und eine Schadenersatzpflicht begründet.

Obwohl die französische Rechtsprechung durch eine großzügige Annahme eines stillschweigenden Verzicht viele Fälle des deutschen Grundsatzes des "venire contra factum proprium" löst ⁷⁹⁾, decken sich die Lösungen nicht.

Kann man da noch mit dem Grundsatz des internen Rechts argumentieren, wenn schon der Grundsatz in anderen Rechtsordnungen nicht die gleiche Bedeutung erlangt? Erst recht nicht, wenn sich die Theorie des Rechtsmißbrauchs ⁸⁰⁾ zur dogmatischen Begründung des Schweigens in Frankreich nicht durchsetzen konnte.

Dies allein läßt an der obigen Argumentation zweifeln, so daß der Offerent trotz Vertrauenstatbestand durch eine Anregung der Offerte, nicht immer gegen ein widersprüchliches Verhalten des Schweigenden geschützt werden muß.

d) Zusammenfassung

Die Überlegungen zeigen, daß man eine Anwendung des präsumtiven Vertragsstatuts, verbunden mit der Ablehnung des "Heimatrechts" des Schweigenden, mit solchen sachrechtlichen Erwägungen nicht rechtfertigen kann, die allein auf eine Rechtsordnung abstellen. Alle dahingehenden Meinungen zielen darauf, den Offerenten zu begünstigen, was bei einem gegenseitigen Vertrag nicht gerechtfertigt ist, weil auch der Schweigende als Annehmender ein Recht darauf haben

78) Civ.Sec.soc. 7 mars 1957 D.1957. Somm.107.

79) Ferid, Bd. 1. 2B 29.

80) S.O. 2. Teil, S.66.

sollte, in seinem Vertrauen geschützt zu werden. Dieser Schutz ist nur möglich, wenn man beim Kollisionsrecht ansetzt und isoliert anknüpft.

Jene Vorschläge sind somit abzulehnen, was aber nicht bedeutet, daß der Schutz des Schweigenden grenzenlos ist. Eine Einschränkung kann aber nur vom Umweltrecht des Betroffenen vorgenommen werden, und hat mit der kollisionsrechtlichen Interessenlage nichts zu tun. Die Rechtsordnung des Schweigenden wird also angewendet, wenn der Betroffene nicht selbst oder mittels Vertreter oder mittels Zweigniederlassung in einer fremden Rechtsordnung tätig wurde, unabhängig von den Grenzziehungen der jeweiligen *lex fori*, d.h., der mögliche Einwand, nach längerer Geschäftsverbindung müsse auch der Ausländer mit der unterschiedlichen Bewertung seines Schweigens durch die andere Rechtsordnung rechnen, ist sachrechtlich und daher bei einer kollisionsrechtlichen Anknüpfung verfehlt ⁸¹⁾. Dabei müssen nicht immer im Endeffekt unterschiedliche sachrechtliche Bewertungen in den einzelnen Rechtsordnungen die Folge sein. Allein die Tatsache, daß das Verhalten des ausländischen Betroffenen anders von seinem eigenen Recht als vom deutschen Recht geprägt werden kann, rechtfertigt eine Sonderanknüpfung, um einen eventuellen Unterschied zwischen den berührten Rechten nicht zu ignorieren.

81) Toubiana, *La domaine de la loi du contrat*, Paris, 1969, Nr. 19 will diese Einschränkung bei der Anwendung des "Heimatrechts" des Schweigenden zulassen, wenn "relations d'affaires" zugrundeliegen, was ebenfalls abzulehnen ist, weil sich hier ausschließlich französische Sachnormen durchsetzen.

V. R e n v o i

Bei der Verweisung auf die vertraute Rechtsordnung des Betroffenen durch die heimische Kollisionsregel, ist aber ferner ein Problemkreis gerade im internationalen Vertragsrecht zu beachten, wenn man die Verweisung, die die isolierte Anknüpfung ausspricht, als eine "Gesamtverweisung" ⁸²⁾ auffassen würde ⁸³⁾. Darunter versteht man eine Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit, unter Einschluß der Kollisionsnormen dieser Rechtsordnung, d.h., man muß wieder mit Hilfe des IPR dieses Staates danach fragen, welches Recht auf den Fall eigentlich angewandt werden soll. Das kann zur Folge haben, daß die fremde Rechtsordnung eine zweite Verweisung oder eine sogenannte "Rückverweisung" auf die erste Rechtsordnung ausspricht, von der die erste Verweisung ausgegangen ist ⁸⁴⁾. Die fremde Rechtsordnung kann aber auch auf eine dritte Rechtsordnung "weiterverweisen".

Diese beiden Möglichkeiten der "Rück- und Weiterverweisung" werden im deutschen IPR unter dem Begriff "renvoi" zusammengefaßt.

Es soll nun im folgenden untersucht werden, ob der "Rechtsanwendungsbefehl" ⁸⁵⁾ bei der isolierten Anknüpfung des Schweigens im internationalen Vertragsrecht immer als "Gesamtverweisung" anzusehen ist, so daß ein Renvoi möglich ist, oder eine Sachnormverweisung ausspricht, d.h. das materielle Recht des fremden Staates ist anzuwenden, wobei hauptsächlich auf die französische Rechtsprechung Bezug genommen werden soll.

82) Oder IPR-Verweisung, Gesamtnormverweisung; RGZ 78, 237; 136, 365.

83) Das lehnt Hepting anscheinend ab, AWD 1975, 458 f.

84) Hartwieg, Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht, 1967, S. 11.

85) Hartwieg, a.a.O., S. 12.

1. Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht

Im Bereich des internationalen Vertragsrechts hat die Rück- und Weiterverweisung relativ spät Anerkennung gefunden. Es war das Reichsgericht, das mit einigen Grundsatzurteilen ⁸⁶⁾ den Renvoi im deutschen IPR für eine allgemeine Regel erklärte, die Aufzählung in Art. 27 EGBGB als nur beispielhaft kennzeichnete und neben der Rückverweisung die Weiterverweisung zuließ.

In neueren Entscheidungen ist der BGH diesem Grundsatz gefolgt und erklärte den Renvoi im internationalen Vertragsrecht wenigstens dann für zulässig, wenn eine Anknüpfung an den Erfüllungsort gegeben ist ⁸⁷⁾. Das deutsche Schrifttum ist jedoch dem nicht einhellig gefolgt. Manche Autoren halten den Renvoi im internationalen Vertragsrecht für "fehl am Platze" ⁸⁸⁾, er sei ein "superfluum, quod nocet" ⁸⁹⁾, man müsse vielmehr die Verweisungen als Sachnormverweisungen auffassen, also sofort das materielle Recht des angerufenen Staates anwenden.

Dies wird verstärkt durch die Tatsache, daß in den einzelnen Rechtsordnungen versucht wird, die subjektive Anknüpfung an den Parteiwillen als eine Sachnormverweisung aufzufassen ⁹⁰⁾.

Es ist also notwendig, zuerst bei diesen Arten der Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht eine mögliche Rück- und Weiterverweisung zu untersuchen, bevor man sich

86) RGZ 78, 234; 136, 361.

87) BGH AWD 1958, 57 = NJW 1958, 750; AWD 1960, 183.

88) Raape, NJW 1959, 1013, 1014; Hartwieg, a.a.O.

89) Raape, a.a.O.

90) Graue, AWD 1968, 123 m.w. Nachw.

dem Problem des Renvoi bei der isolierten Anknüpfung des Schweigens zuwendet.

- a) Anknüpfung an den ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillen

Bei Fällen mit Auslandsberührung und einem schuldrechtlichen Sachverhalt gehen die deutsche Rechtsprechung und Lehre ⁹¹⁾ davon aus, diese Verträge nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien angewendet wissen wollen. Die Parteien vereinbaren das maßgebliche Recht entweder ausdrücklich oder stillschweigend, d.h., die stillschweigende Abrede muß den besonderen Umständen des Einzelfalles entnommen werden ⁹²⁾.

Diese Vereinbarung eines bestimmten Rechts durch die Parteien, kann man nun schwerlich als eine Rechtswahl einer Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit interpretieren, so daß auch deren Kollisionsrecht erfaßt würde, weil der Wille der Parteien grundsätzlich nur auf das materielle Recht der gewählten Rechtsordnung gerichtet ist. Deshalb geht auch nach herrschender Meinung ⁹³⁾ der Wille der Parteien regelmässig auf Anwendung des materiellen Rechts des gewählten Staates. Mit anderen Worten, die Parteien haben sich ausschließlich den Sachnormen der betreffenden Rechtsordnung unterworfen.

Eine Anwendung der Sachnormen führt aber dazu, daß diese Anknüpfung grundsätzlich "renvoifeindlich" ⁹⁴⁾ ist, also keine Rück- und Weiterverweisung möglich ist.

91) BGHZ 52, 239; 57, 72 m.w.N.; z.Lit.s. Kegel, IPR, S. 225 f m.w.Nachw.

92) Kegel, IPR, S. 257 ff.

93) Soergel-Kegel, vor Art. 7 EGBGB Anm. 234.

94) Neuhaus, a.a.O., S. 185.

b) Die Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen

Ist ein ausdrücklicher oder stillschweigender Parteiwille nicht zu ermitteln, so knüpft die Rechtsprechung an den hypothetischen Parteiwillen an, d.h., es wird fiktiv das Recht angewandt, das die Parteien vereinbart hätten, wenn sie eine Vereinbarung getroffen hätten.

Hierbei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH ⁹⁵⁾ nicht lediglich um die Ermittlung des mutmaßlichen Parteiwillens, wie es die subjektive Theorie fordert ⁹⁶⁾, in dem man sich in die Lage der Parteien versetzt und versucht, das Recht zu finden, das die Parteien als "verständige Menschen" ⁹⁷⁾ gewählt hätten.

Es wird vielmehr "eine vernünftige Interessenabwägung" nach objektiven Grundsätzen ⁹⁸⁾ vorgenommen, die der Eigenart des Falles zu entnehmen ist, "unter Wahrung der Erfordernisse der Rechtssicherheit" ⁹⁹⁾. In diesem Bereich hat es nun die subjektive Theorie leichter als der BGH, den Grundsatz zu durchbrechen, wonach eine Verweisung grundsätzlich als Gesamtverweisung aufzufassen ist ¹⁰⁰⁾, um auch beim hypothetischen Parteiwillen eine Sachnormverweisung anzunehmen. Denn nach der subjektiven Theorie hat der Richter den mutmaßlichen Parteiwillen zu ermitteln, was als eine "Anknüpfung mittels stellvertretender Willensschöpfung des Richters für die Parteien" ¹⁰¹⁾ anzusehen ist und nur zu einer Sachnormverweisung führen kann ¹⁰²⁾.

95) BGHZ 7, 231; 9,221; 17,89; 19,110; 57,72.

96) Gamillscheg, AcP 157, 323 (Ziffer 6).

97) Gamillscheg, a.a.O., S. 325.

98) BGHZ 44, 183, 186.

99) BGHZ 17,92.

100) BGH NJW 1958, 751.

101) Hartweg, a.a.O., S. 15.

102) Gamillscheg, a.a.O., S. 321; zu den Ausnahmen s. Hartweg, a.a.O., S. 15.

Demgegenüber müßte der BGH den Renvoi beim hypothetischen Parteiwillen zulassen, weil er sich bei der Interessenabwägung auf objektive Kriterien stützt und ähnlich wie bei der Anknüpfung an den Erfüllungsort vorgeht, indem er mit objektiven Merkmalen nach dem Schwerpunkt des Schuldverhältnisses sucht. Dieser Auffassung folgt eine Ansicht aus der Literatur ¹⁰³⁾, weil es ihrer Meinung nach konsequent sei, bei objektiven Anknüpfungsmerkmalen, die nicht auf dem Willen der Partei beruhen, einen Renvoi zuzulassen, wobei sie sich auf die grundsätzliche Haltung des BGH ¹⁰⁴⁾ bezieht, jede Verweisung aufgrund einer Anknüpfung nach objektiven Kriterien als Gesamtverweisung anzusehen.

Doch der BGH setzt sich selbst in Widerspruch zu seiner grundsätzlichen Einstellung ¹⁰⁵⁾, indem er bei der Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen im Renvoi-bereich von der subjektiven Natur dieser Anknüpfung ausgeht, die seiner Ansicht nach auf dem Willen der Parteien beruht, was zur Folge hat, daß er damit die Verweisung als Sachnormverweisung interpretieren kann ¹⁰⁶⁾.

Die objektive Verlängerung eines ursprünglich subjektiven Maßstabs läßt somit nach Meinung des BGH auch beim hypothetischen Parteiwillen das Problem des Renvoi nicht auftauchen.

c) Anknüpfung aufgrund von Interessenabwägung und an den Erfüllungsort

Die Rück- und Weiterverweisung kann demnach nur noch in Betracht kommen, wenn mangels jeglichen Anhalts für eine Rechtswahl auf reine objektive Kriterien zurückgegriffen

103) Kegel, IPR, S. 150.

104) BGH NJW 1958, 751.

105) S.a. Mann, JZ 1962, 12.

106) BGHZ 7, 231, 234; 19, 110, 112.

wird, wie es Kegel ¹⁰⁷⁾ auch beim hypothetischen Parteiwillen als gegeben ansieht. Nach Ansicht des BGH hat der deutsche Richter eine Rück- und Weiterverweisung zu beachten, wenn bei Fehlen jeglicher Rechtswahl der Erfüllungsort als Anknüpfungsmöglichkeit herangezogen wird ¹⁰⁸⁾.

Liegt etwa der Erfüllungsort in Frankreich, und das französische IPR verweist auf den Abschlußort, der sich in Deutschland befindet ¹⁰⁹⁾, so kommt kraft Rückverweisung deutsches Recht zur Anwendung.

Der Anknüpfung an den Erfüllungsort werden allgemein viele Einwände entgegengehalten, die bei gegenseitigen Verträgen ihre Berechtigung haben, weil sich der Erfüllungsort, soweit er sich nicht als Vereinbarung oder aus der Natur des Rechtsgeschäftes ergibt, nur auf eine der in Frage kommenden Verpflichtungen bezieht, so daß es zu einer Spaltung der Anknüpfung kommt ¹¹⁰⁾.

Dies scheint auch den BGH bewogen zu haben, die Rechtswahl durch hypothetischen Parteiwillen auszudehnen und einen Renvoi bei dieser Anknüpfungsart abzulehnen ¹¹¹⁾. Denn auch die Ergebnisse bei der Anknüpfung an den Erfüllungsort und anschließender Rück- und Weiterverweisung sind oft von Zufälligkeiten bestimmt, die weniger durch Rück- oder Weiterverweisung entstehen, als vielmehr durch ihren willkürlichen Abbruch ¹¹²⁾.

Ferner ist zu bedenken, daß es äußerst schwierig ist, einheitliche Merkmale für eine Bestimmung des Abschlußortes

107) Kegel, IPR, S. 150.

108) BGH AWD 1958, 57 = NJW 1958, 750; aa Raape, NJW 1959, 1013, der davon ausgeht, daß generell im internationalen Vertragsrecht der Renvoi fehlt am Platze ist.

109) Cass.civ., 31.5.1932, D.P.1933.1.169.

110) Kreuzer, a.a.O., S. 291 ff.

111) Hartweg, a.a.O., S. 18.

112) Soergel-Kegel, Art. 27 EGBGB, Anm. 25.

bei Distanzverträgen zu finden ¹¹³⁾, so daß dieses Problem bei der Rückverweisung mit einbezogen wird ¹¹⁴⁾.

Doch scheint der Vorteil, mit Hilfe der Rückverweisung zum vertrauten deutschen Recht zurückzukehren, für den deutschen Richter zu überwiegen ¹¹⁵⁾.

Bei dieser objektiven Anknüpfung, sei es mit Kegel auch beim hypothetischen Parteiwillen, sei es mit dem BGH und der ihm folgenden Literatur an den Erfüllungsort und der damit verbundenen Rück- oder Weiterverweisung ¹¹⁶⁾, ist es auch nicht gerechtfertigt, die Verweisung bei der isolierten Anknüpfung des Schweigens bei Vertragsannahme als Sachpormverweisung aufzufassen ¹¹⁷⁾. Denn es handelt sich auch bei dieser Anknüpfung nicht um die Ermittlung eines mutmaßlichen Willens, sondern um einen " objektiven Interessenausgleich", um eine Abwägung von objektiven, verständigen und gerechten Interessen der Wahrung der Erfordernisse der Rechtssicherheit, und die Berücksichtigung der Eigenheiten des Einzelfalles ¹¹⁸⁾.

Führt nun die Bewertung zu einer dem Schweigenden fremden Rechtsordnung, die über seinen nicht vorhandenen Willen entscheiden soll, ob sein Schweigen als Vertragsannahme gilt oder nicht, so darf die Begünstigung mit der Anwendung

113) S. für Frankreich unten S.268 ff.

114) So richtig Graue, AWD 1968, 121, 126.

115) BGH NJW 1958, 750 f.

116) Siehe dazu Soergel-Kegel, Anm. 278 vor Art. 7 EGBGB Fußnote 16 mit w.N. der gegensätzlichen Auffassungen.

117) So aber Hepting, AWD 1975, 458 f.

118) Dabei sucht man den "nächsten Anknüpfungspunkt zu den in Betracht kommenden Rechtsordnungen", so daß sich die Grenze zwischen den von der Interessenabwägung ermittelnden Anknüpfungspunkten und dem Erfüllungsort oder Abschlußort verwischt.

Nach Beitzke, JZ 1955, 586 ist schon logischerweise der Erfüllungsort bei der Prüfung des hypothetischen Parteiwillens zu berücksichtigen.

seines Umweltrechts dann nicht soweit gehen, daß der "Rechtsanwendungsbevorzug" des zuerst befragten Kollisionsrechts mit der Sonderanknüpfung allein auf das materielle Recht gerichtet ist. Denn im Rahmen dieser objektiven Interessenabwägung werden die Interessen des Schweigenden schon ausreichend berücksichtigt, was sich auch in der isolierten Anknüpfung des Schweigenden ausdrückt. Dafür spricht auch der Schutzzgedanke; denn der Schutz des Schweigenden kann nicht weitergehen, als ihn das Umweltrecht - einschließlich IPR - vorsieht. Wenn dieses in Fällen mit Auslandsberührung, die dem Schweigenden günstige Regel nicht anwendet, so ist dem zu folgen.

Die Beachtung seines materiellen Umweltrechts allein aber würde ein Mißverhältnis zugunsten des Schweigenden schaffen, das bei einer nur objektiven Bewertung nicht der Fall sein dürfte.

Es ist zwar berechtigt, dem Heimatrecht des Betroffenen in der Frage seines Schweigens als Vertragsannahme Beachtung zu schenken, doch muß auf der Basis einer objektiven Interessenabwägung diese Begünstigung des Schweigenden durch die Möglichkeit einer Rück- oder Weiterverweisung ausgeglichen werden.

Zieht man also bei einer Anknüpfung objektive Kriterien in Betracht, und läßt in diesem Rahmen eine isolierte Anknüpfung für das Schweigen zu, so muß man in der Verweisung, die die Sonderanknüpfung ausspricht, eine Gesamtverweisung sehen, d.h., ein Renvoi ist möglich.

.. Die Verweisung auf das französische Kollisionsrecht bei der isolierten Anknüpfung des Schweigenden.

a) Renvoi im französischen internationalen Vertragsrecht.

Läßt man nun bei der Anknüpfung des Schweigens eine Sonderanknüpfung in Hinsicht auf das Schweigen als Vertragsannahme zu, so steht es außer Frage, daß der deutsche Richter im deutsch-französischen Rechtsverkehr eine Rückverweisung auf deutsches Recht beachten darf. Die Meinung, daß der Renvoi im Verhältnis zu einer anderen Rechtsordnung nur insoweit zulässig ist, als diese selbst die Rück- oder Weiterverweisung anerkennt, wird zu Recht generell vom BGH in Fortsetzung der Rechtsprechung des Reichsgerichts abgelehnt ¹¹⁹⁾. Denn man kann diese Verweisung nur nach deutschem Kollisionsrecht als Rückverweisung auffassen, d.h. aber nicht, daß auch die fremde Rechtsordnung darin eine Rückverweisung sieht.

Eine umgekehrte Einstellung der höchsten deutschen Gerichte könnte gerade in Bezug auf das französische Recht problematisch sein, weil sich, trotz grundsätzlicher Anerkennung des Renvoi in der "affaire Forgo" und in weiteren Entscheidungen der Cour de Cassation in Bezug auf die internationalen Personen-, Familien- und Erbrechte ¹²⁰⁾, die Rückverweisung im internationalen Vertragsrecht nicht ausdrücklich feststellen läßt.

In der französischen Literatur wird der Renvoi von einer bedeutenden Ansicht ¹²¹⁾ als allgemeiner Grundsatz abgelehnt, mit der Ausnahme, daß es einmal möglich und nützlich sein könnte, "de mettre ce moyen au service de certains buts déterminés".

Bei Batiffol ¹²²⁾ findet man demgegenüber die Einstellung, den Renvoi bei der ausdrücklichen oder stillschweigenden

119) BGH AWD 1958, 57 = NJW 1958, 750; RGZ 136, 361.

120) Répertoire droit international privé (Rep.dr. int.pr.) 'Renvoi' Nr.38 ff.

121) Francescakis, La théorie du renvoi, Paris 1958, S. 261.

122) Batiffol, Droit International Privé (Dr.Int.Pr.) Band 1 Nr. 311, 5. Aufl. 1972.

Rechtswahl auszuschließen, was eine grundsätzliche Anerkennung im internationalen französischen Vertragsrecht voraussetzt. Auch bleibt mit dieser Einschränkung der "application du renvoi" noch weiterhin die Möglichkeit des Renvoi bei Fehlen einer Rechtswahl bestehen, worauf Batiffol zwar nicht ausdrücklich, aber doch in allgemeiner Form hinweist: "le problème du renvoi se pose exactement dans les mêmes termes que dans les autres matières et nous n'avons pas par conséquent à en traiter ¹²³⁾".

In der Praxis sind aber dazu keine Anhaltspunkte zu finden.

b) Das französische Kollisionsrecht in Hinsicht auf die
Sonderanknüpfung des Schweigens

Wenn die Verweisung auf ausländisches Recht nicht durch Anknüpfung an den Parteiwillen erfolgt, ist eine Rückverweisung bei der Frage des besonderen Annahmestatuts des französischen Rechts auf deutsches Recht zu prüfen.

aa) Französische Rechtsprechung

Die französischen Gerichte unterstellen das Zustandekommen von Verträgen auch dem Recht, das den gesamten Vertrag beherrscht, so daß das Problem einer isolierten Anknüpfung des Schweigens als Vertragsannahme in der französischen Rechtsprechung nicht beachtet wird.

Dies kommt entweder deutlich, wie in der Entscheidung der Cour de Cassation vom 5. Dezember 1910 ¹²⁴⁾, zum Ausdruck,

123) Batiffol, Les conflits de Lois en matières des Contrats, Paris, 1938, Nr. 53.

124) S. 1911.1.129, Anm. Lyon-Caen, Revue critique droit international privé 1911.935.

in der es heißt, daß "la loi applicable aux contrats soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée...", oder e contrario in der Entscheidung des Kassationshofs vom 25. Juni 1957¹²⁵⁾. Weitere Entscheidungen des höchsten französischen Gerichts untermauern diesen Grundsatz, daß ein einheitliches Statut den Vertrag vom Abschluß bis zu den Wirkungen beurteilen soll¹²⁶⁾.

Dennoch lassen sich auch andere Fälle anführen, die sich mit dem Zustandekommen brieflicher Distanzverträge befassen und dabei den Absendeort oder den Empfangsort der Annahmeerklärung für den Abschluß des Vertrages heranziehen¹²⁷⁾.

Die Einstellung der Cour de Cassation muß man aber als die grundsätzliche ansehen, der auch andere hohe französische Gerichte gefolgt sind¹²⁸⁾, weil es bei diesen Ausnahmeentscheidungen um das Problem der internationalen Zuständigkeit ging, und bei der Suche nach diesem Anknüpfungspunkt die Auslegung des Parteiwillens dem freien richterlichen Ermessen der Tatrichter oblag¹²⁹⁾. Gelegentlich findet man in der französischen Rechtsprechung Entscheidungen¹³⁰⁾, die von der auch in der französischen Literatur vertretenen Auffassung ausgeht, daß das von den Parteien gewählte Recht nicht über das Zustandekommen eines Vertrages entscheidet, indem dieses Recht erst bezeichnet wird. Dafür sei das Recht des Abschlußortes zuständig¹³¹⁾.

125) Rev.crit.dr.int.pr. 1957.680.

126) Cass.civ., 26.Feb.1958, Bull.civ.19581.Nr.91;
6. Juli 1959, R.1959.708.

127) Lorenz, a.a.O., S.202.

128) Cour d'appel Paris, 27.1.1955, Rev. crit.dr.int.
pr. 1955, 330.

129) S.z.G. Lorenz, a.a.O., S. 202.

130) Cour d'appel 9.Febr.1931, D.P.1931, 233.

131) S.Rép.dr.int.pr. "Contrats et Conventions"
Nr. 98 m.w.Nachw.

Dagegen wendet sich Batiffol ¹³²⁾ mit dem Argument, daß es schon ausreichend sei, um das in dem Vertrag erst bezeichnete Recht anzuwenden "que les parties aient localisé leur opération de telle manière qu'une certaine loi soit applicable pour que cette loi décide si ce contrat s'est véritablement formé, notamment au point de vue du consentement", d.h. daß die Vertragsparteien schon vorher ihr Wirken so "lokalisiert" hätten, daß ein bestimmtes Recht Anwendung fände, das auch darüber entscheiden könne, ob der Vertrag zustandegekommen ist oder nicht.

bb) Französische Literatur

Im Gegensatz zu der Ansicht der Cour de Cassation und der ihr folgenden Literatur gibt es im älteren Schrifttum zahlreiche Autoren, die die "validité du consentement" und speziell die Beurteilung des Schweigens der "loi personnelle" des Betroffenen unterwerfen wollen, wobei auch das Domizilrecht in Betracht gezogen wurde ¹³³⁾. Dieser Meinung, die aber die französische Rechtsprechung nicht beeinflussen konnte, folgt eine neuere Monographie von A. Toubiana, die den Schweigenden dann nicht an sein Verhalten binden will, "lorsque la loi du pays où il exerce son activité accorde une telle valeur au silence" ¹³⁴⁾.

Eine Ausnahme von dieser Sonderanknüpfung des Schweigens an das Umweltrecht des Schweigenden wird von der Autorin aber auch zugelassen, wenn die Parteien schon durch "relation d'affaires" gebunden waren. Dies würde mehr den Forderungen des internationalen Rechts entsprechen, was ihrer Ansicht nach ein Argument für die Internationalisierung dieser Regel sei.

132) Batiffol, Dr.Int.Pr., t.II, Nr. 596.

133) Rép.dr.int.pr., "Contrats et Conventions", Nr.98 f m.w.N.

134) Toubiana, a.a.O., Nr. 19.

Bei dieser Einschränkung berücksichtigt aber diese Ansicht nicht ausreichend genug, daß die Bewertungsmaßstäbe über "relation d'affaires" nicht nur in den einzelnen Rechtsordnungen, sondern auch im internen französischen Recht unterschiedlich sind. Deshalb sollte nur das Umweltrecht des Schweigenden darüber entscheiden, wann der Schutz nachläßt ¹³⁵⁾.

c) Zusammenfassung

Es ergeben sich also Unterschiede bei der Anknüpfung des Zustandekommens eines Vertrages und speziell beim Schweigen als Vertragsannahme. Der Sonderanknüpfung eines menschlichen Verhaltens durch den BGH steht die Auffassung der Cour de Cassation gegenüber, auch die "formation" wie die "effets" eines Vertrages, einem einheitlichen Vertragsstatut zu unterstellen.

Die französische Literatur ist wie im deutschen Recht gespalten. Die einen schließen sich der Meinung des Kassationshofs an, während andere Autoren wiederum eine ähnliche Stellung wie der BGH mit der Sonderanknüpfung des Schweigens einnehmen.

3. Rückverweisung auf deutsches Recht

Geht man nun von der These des BGH aus, wonach eine Rückverweisung im Rahmen des internationalen Vertragsrechts zu beachten ist, wenn in Ermangelung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden oder hypothetischen Rechtswahl das Recht des Erfüllungsortes Anwendung findet, und bejaht

135) S.o.S. 134 ff.

weiterhin auch eine Rückverweisung bei der isolierten Anknüpfung des Schweigens, so verweist das französische Kollisionsrecht auf deutsches Recht zurück, wenn französisches IPR, das den restlichen Vertrag bis zu seinen Wirkungen beherrscht, deutsches Recht für anwendbar erklärt.

Diese Einstellung im französischen Kollisionsrecht wird durch die Tatsache verstärkt, daß in Frankreich seit dem 1.9.1965 das Haager IPR-Abkommen über das auf internationale Warenkäufe anwendbare Recht in Kraft getreten ist ¹³⁶, das auch Nichtvertragsstaaten ¹³⁷ - wie der Bundesrepublik Deutschland - gegenüber mit seinen Grundsätzen anwendbar ist ¹³⁸. Das Abkommen gilt nur für - nicht näher definierte - internationale Warenkäufe und hat in Art. 2 Abs. III ausdrücklich geregelt, daß sich die Voraussetzungen für die Einigung der Vertragsparteien hinsichtlich des anzuwendenden Rechts nach diesem Recht richten ¹³⁹.

Die Frage nach dem anwendbaren Recht bezüglich des Zustandekommens des Vertrages, wozu auch das Problem des Schweigens als Vertragsannahme gehört, wird somit in Frankreich dahingehend beantwortet, daß lex causae auch über die Geschäftsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäftes entscheidet. ¹⁴⁰⁾

136) Text in Rev.crit.dr. int.pr. 1953 (1964) 786.

137) Auch seit Inkrafttreten der einheitlichen Kaufgesetze ändert sich nichts im Verhältnis Deutschland-Frankreich, weil Frankreich zu den Nichtvertragsstaaten gehört.

138) Trib. de Com. Paris 27.11.1968, Rev. crit. dr. int. pr. 1969, 700.

139) In Frankreich hat man bis zum Inkrafttreten des Haager Abkommens immer entsprechend dem Prinzip der Parteiautonomie danach gefragt, welches Recht anwendbar war; wenn man französisches Recht für anwendbar hielt, waren die Art. 1582 ff bzw. Art. 109 Com. maßgebend.

140) Die Bestimmung der lex causae nach französischem IPR wird unten S.266 ff näher dargestellt.

Das Schweigen des Betroffenen kann dann kraft Rückverweisung dem Recht unterstellt werden, das für den gesamten Vertrag anwendbar erklärt worden ist, wenn der Annehmende in Frankreich seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, und das französische IPR nicht die eigenen Sachnormen beruft. In anderen Fällen verbleibt es bei der Anwendung französischen Rechts.

7. Allgemeine Zusammenfassung

Die theoretische Auseinandersetzung bei der Frage, ob eine Sonderanknüpfung des Schweigens als Vertragsannahme notwendig und gerechtfertigt ist, hat nun deutlich aufgezeigt, daß eine "Spaltung" des Vertrages in Voraussetzungen und Wirkungen und deren gesonderte Unterstellung unter verschiedene Rechtsordnungen, eher der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit entspricht, als die Aufrechterhaltung eines einheitlichen Vertragsstatuts für den Gesamtvertrag.

Die Interessenabwägung, Grundlage der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit, hat dem Parteiinteresse vor dem Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang den Vorrang eingeräumt, weil die zu starre Aufrechterhaltung der formalen Maxime, sachlich zusammengehörige Fragen zusammen anzuknüpfen, zu einer nicht mehr gerechtfertigten Benachteiligung der Partei, deren Verhalten einer rechtlichen Bewertung unterzogen wird, führt.

Dabei zeigte der Vergleich mit anderen Theorien die Vorteile der isolierten Anknüpfung.

Selbstverständlich kann die Berücksichtigung des Parteiinteresses nicht schrankenlos angenommen werden, wobei die erste Grenze im Verkehrsinteresse gesehen wird, wenn der Schweigende selbst oder mittels Vertreter im Land des

Geschäftspartners auftrat. Dann findet Art. 7 Abs. 3 S. 1 EGBGB entsprechende Anwendung. Weitere Einschränkungen, die unabhängig von der materiellen Grenzziehung der jeweiligen lex fori sind, erfährt die isolierte Anknüpfung dadurch, daß eine Rück- oder Weiterverweisung möglich ist. Die Verweisung, die diese Sonderanknüpfung ausspricht, wird nämlich als Gesamtverweisung aufgefaßt, weil die Anknüpfung aufgrund objektiver Gesichtspunkte erfolgte, so daß auch der Schweigende mit der Anwendung seines materiellen Umweltrechts nicht zu viele Vorteile erhalten darf.

Folgende Grundsätze haben sich somit herausgebildet:

1. Das Parteiinteresse an der Anwendung des vertrauten Rechts ist dem Ordnungsinteresse am inneren Entscheidungseinklang bei der Frage der isolierten Anknüpfung des Schweigens vorzuziehen.
2. Das Parteiinteresse wird durch das Verkehrsinteresse begrenzt, wenn der Betroffene im Land des Vertragspartners aufgetreten ist (Art. 7 Abs. 3 S. 1 analog EGBGB).
3. Bei der Sonderanknüpfung des Schweigens wird die Verweisung als Gesamtverweisung aufgefaßt, d.h., ein Renvoi ist aufgrund der objektiven Bewertungsgrundlage bei der Sonderanknüpfung des Schweigens möglich.

B. Anwendung französischer Sachnormen durch deutsche Gerichte

I. Einleitung

Auf der Grundlage der oben entwickelten Prinzipien ist es nun erforderlich, an Hand von Einzelfällen genauer die

Vorteile der isolierten Anknüpfung des Schweigens hervorzuheben und auf ihre Wirkung einzugehen.

Dabei wird auf die Unterschiede in materiell-rechtlicher Hinsicht im deutschen und französischen Recht Bezug genommen, die bei jeder Fallgestaltung auftreten können, wenn es z.B. um die wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) geht. Gerade die wirksame Einbeziehung von AGB ist im deutsch-französischen Rechtsverkehr ein häufiger Streitpunkt, und zwar nicht nur wegen der deutschen Rechtsprechung über die Bedeutung der widerspruchslosen Hinnahme von vorgeschlagenen Vertragsbedingungen in Bestätigungsschreiben, sondern auch wegen der damit verwandten Rechtsprechung über die Möglichkeit, Vertragsbedingungen durch Bezugnahme in den Vertrag einzugliedern. Denn nach französischem Recht wird der französische Richter nicht ohne weiteres anerkennen, daß z.B. nur ein Hinweis auf AGB oder eine formularmäßige Bemerkung, daß die französische Partei von den Geschäftsbedingungen der deutschen Kenntnis genommen hat, vermuten läßt, daß die französische Partei tatsächlich in die Lage versetzt wurde, diese Geschäftsbedingungen rechtzeitig zu erkennen ¹⁾.

Die Häufigkeit solcher Streitfälle mit AGB soll Anlaß sein, zuerst auf die Sonderanknüpfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen und erst dann auf die Sonderanknüpfung bei der Annahme eines Vertrages anhand von einzelnen Vertragstypen, die Besonderheiten gegenüber anderen aufweisen, einzugehen. Die Problematik der isolierten Anknüpfung bei AGB wird dabei nur im allgemeinen behandelt werden, weil die Interessenlage bezüglich der isolierten Anknüpfung bei allen Klauseln gleich ist.

Ausnahmsweise werden solche Klauseln ausgewählt, die für das IPR wichtig sind, wie die Rechtswahlklausel als Grundlage für den ausdrücklichen Parteiwillen, und die Gerichts-

1) Rouen 17.2.1967, D. 1967. Somm. 94 und Cohn für England, AWD 1972, 601.

standsklausel mit ihrer Indizwirkung für den stillschweigenden Parteiwillen.

Aber nicht nur ihre Bedeutung für das IPR spricht für eine gesonderte Behandlung gegenüber anderen Klauseln, sondern auch spezielle gesetzliche Regelungen in internationalen Verträgen lassen ihnen diese besondere Stellung zukommen, wie Art. 2 Abs. 3 des Haager Abkommens vom 15.6.1955 über internationale Warenkäufe²⁾ und das EWG-Abkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 zeigen.

Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung wird also die Sonderanknüpfung bei der stillschweigenden Einbeziehung von AGB sein(II), wobei die Einbeziehung von "branchenüblichen" AGB, wie die Allgemeinen deutschen Spediteurbedingungen (ADSp), denen im deutschen Recht keine Vereinbarung zugrundezuliegen braucht, weil sie ohne Hinweis Geltung erlangen können, einen Abschnitt für sich in Anspruch nehmen wird (III).

Danach wird auf die oben erwähnte Sonderanknüpfung von Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln eingegangen werden(IV). Als nächster Punkt wird die Anknüpfung des Schweigens als Vertragsannahme nur bei einzelnen Vertragstypen geprüft werden, die Besonderheiten -z.B.im Kaufrecht mit den Einheitlichen Kaufgesetzen- gegenüber anderen aufweisen (V.). Zum Schluß soll die Sonderanknüpfung beim Schuldverhältnis im allgemeinen untersucht werden, d.h.die Sonderanknüpfung des Schweigens auf eine Genehmigungsaufforderung im Falle der §§ 177 II, 416 I 2 BGB.

2) Gilt nicht für Deutschland.

II. Sonderanknüpfung bei der stillschweigenden Einbeziehung von AGB im Falle der Zusendung oder des Hinweises auf AGB

1. Franzose schweigt auf deutsche Vertragsbedingungen

Im deutsch-französischen Rechtsverkehr ist der Fall denkbar, daß einem Franzosen ein Vertragsangebot seines deutschen Geschäftspartners zugeht, das nur einen einfachen Hinweis auf die AGB des Absendenden enthält. Nimmt der französische Empfänger das Angebot vorbehaltlos, ohne ausdrückliches Eingehen auf die AGB des deutschen Offerenten an, so gilt dies nach deutschem Recht als Einverständnis mit diesen AGB³⁾.

Nach französischem Recht ist dies aber nicht ohne weiteres der Fall. Der Vertragspartner, der das Angebot empfangen hat, muß tatsächlich Kenntnis von dem Inhalt der AGB erlangt haben⁴⁾, damit er an die allgemeinen Geschäftsbedingungen gebunden werden kann.

Sprechen keine anderen Umstände dafür, so reicht ein einfacher Hinweis auf AGB ohne Vorlegen des Textes nicht aus und führt nicht zu einer Bindung des Vertragspartners⁵⁾.

Ein Franzose braucht also nicht damit zu rechnen, daß er an die AGB gebunden wird, wenn er auf einen bloßen Hinweis auf AGB nicht sofort widerspricht. Dies prägt sein Verhalten auch dem ausländischen Geschäftspartner gegenüber, so daß die Bewertung seines Schweigens den Schutz seines Umweltrechts erfordert. Denn der Franzose wird darauf vertrauen, daß die erwähnten AGB nicht verbindlich sind, solange er ihren Wortlauf nicht kennt, weil er das von seiner Rechtsordnung her nicht gewöhnt ist.

Klagt nun der deutsche Geschäftspartner vor einem deutschen Gericht wegen irgendwelcher Vertragsabwicklungsschwierigkeiten

3) OLG Nürnberg WM 1968, 347.

4) S.O.S. 180 f.

5) Rouen 17.2.1967, D. 1967. Somm. 94.

und beruft sich dabei auf seine AGB, so stellt sich für das deutsche Gericht, nachdem es seine internationale Zuständigkeit bejaht hat, die Frage, welches Recht darüber entscheiden soll, ob die AGB des deutschen Geschäftspartners Vertragsinhalt geworden sind.

Da es sich um eine Frage der stillschweigenden Einbeziehung von AGB handelt, d.h., die AGB können nach deutschem Recht im Gegensatz zum französischen auch ohne ausdrückliche Vereinbarung Vertragsinhalt werden, wenn der französische Geschäftspartner von ihrem Vorhandensein wußte oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, und wenn für ihn erkennbar war, daß der deutsche Unternehmer den Vertrag nur unter Einbeziehung seiner AGB abschließen wollte, müßte das deutsche Gericht eine isolierte Anknüpfung vornehmen, wobei beachtet werden muß, daß der Rechtsanwendungsbefehl der Sonderanknüpfung eine Gesamtverweisung auf französisches Recht als dem Recht am Geschäftssitz des Schweigenden ausspricht, d.h., anwendbar ist französisches Recht einschließlich IPR, so daß eine Rück- oder Weiterverweisung möglich ist.

Eine Sonderanknüpfung bei der stillschweigenden Einbeziehung von AGB in den Vertrag muß aber mit der isolierten Anknüpfung der Vertragsannahme im Zusammenhang gesehen werden, weil die Interessenlage allgemein dafür spricht, daß bei AGB die Vertragsannahme insgesamt isoliert angeknüpft wird. Denn in seltensten Fällen wird anzunehmen sein, daß der Vertrag auch ohne AGB von den Parteien noch aufrechterhalten wird. Für diesen Zusammenhang von AGB und Vertragsannahme läßt sich anführen, daß auch in Frankreich die AGB im Zusammenhang mit der Vertragsannahme gesehen werden; denn gleich, ob Individualvertrag oder Vertrag mit AGB, aus materiell-rechtlicher Sicht muß der Vertrag von dem Betroffenen gewollt sein, d.h., eine Willenseinigung muß vorliegen, was sich im französischen IPR dahingehend auswirkt, daß die AGB als Teile des Grundvertrages aufgefaßt werden, für die die allgemeinen Regeln des

französischen Kollisionsrechts über die Vertragsannahme gelten.

Nun kennt das französische IPR - abgesehen von Literaturmeinungen, die auf die Praxis keinen Einfluß hatten - nicht die isolierte Anknüpfung des Schweigens als Vertragsannahme, wie schon oben aufgezeigt wurde⁶⁾. Vielmehr gilt das Recht, das die Parteien gewählt haben, oder in Ermangelung dessen, das auf Grund äußerer Umstände⁷⁾ bestimmbar Recht auch "en ce qui concerne sa formation".

Das bedeutet, daß das für den gesamten Vertrag nach französischem IPR bestimmte Recht auch maßgeblich für die Frage nach der stillschweigenden Einbeziehung und insgesamt der Vertragsannahme ist, wobei eine Rückverweisung auf deutsches Recht möglich ist, wenn das für den übrigen Vertrag maßgebende Vertragsstatut deutsches Recht ist.

Dieses Vertragsstatut wird nun durch Umstände bestimmt, die im französischen Kollisionsrecht bei fehlender Rechtswahl anerkannt sind.

Hat nun die französische Partei einen voll ausgearbeiteten deutschen Vertrag, der nach französischem Recht als ein "contrat - type" gewertet werden würde⁸⁾, "pure et simple" angenommen, der auch einige Klauseln enthielt, über deren Einbeziehung man nachträglich streitet, so resultiert nach französischem IPR der Wille der Parteien, daß deutsches Recht für anwendbar erklärt werden soll, aus der "adoption pure et simple" des gesamten deutschen Vertrages⁹⁾. Deutsches Recht

6) S.o.S. 256 ff.

7) Cass.civ. 31.mai 1932, D.P. 1933.1.169, Anm. Crémieux: "les faits et circonstances de la cause"...

8) D.h. Verträge für die allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten, wie sie sich besonders im Versicherungs-, Verkehrs- und Bankwesen finden.

9) Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, Nr. 593.

fände demnach bei der Frage nach dem maßgeblichen Recht für die stillschweigende Einbeziehung von Klauseln Anwendung, wenn es sich um einen "deutschen" contrat-type, so z.B. ein völlig einseitiges, vom deutschen Partner aufgestelltes Vertragsformular im Versicherungswesen handeln würde, der "en fonction de sa législation" ausgearbeitet wurde.

Eine ähnliche Lösung bietet sich beim "contrat d'adhésion" (s.o.S. 169 ff) an, doch ist hier die Tendenz spürbar, den wirtschaftlich schwächeren Partner, der das Vertragswerk vorgesetzt bekam, isoliert zu schützen und ihn nicht einem Recht zu unterwerfen, das er nicht oder nur sehr schlecht kennt¹⁰⁾.

Nach Batiffol ist dieser Schutz aber nicht mehr gerechtfertigt, wenn der Vertrag ausdrücklich in bezug auf die Rechtsordnung des Partners abgeschlossen worden ist, der den contrat d'adhésion vorgelegt hat¹¹⁾.

Liegen nun die Voraussetzungen für einen "contrat - type" oder "contrat d'adhésion" nicht vor, obwohl über die Einbeziehung von Klauseln gestritten wird und drückt sich der Wille der Parteien auch nicht durch späteres Verhalten im Prozeß aus¹²⁾, so stellen die französischen Richter zur Bestimmung des für den Vertrag maßgebenden Rechts auf besondere charakteristische Indizien ab, die, falls vorhanden, allein entscheidendes Gewicht erlangen können.

Zu ihnen gehören u.a.¹³⁾ Gerichtsstands- und Schiedsklauseln,

10) Saigon, 8 juin 1934, Rev.crit.dr.int.pr. 1937, 682, s.a. Rep. dr.int.pr., "Assurances terrestres", Nr. 15 ff.

11) "Contrats et Conventions", a.a.O., Nr. 48, Rep.dr.int.pr.

12) "Contrats et Conventions", a.a.O., Nr. 50 m.w.Nachw., Rep.dr.int.pr.

13) Wie: teneur des lois en conflit, objet du contrat, s. Batiffol: "Contrat et Conventions", a.a.O., Nr. 52-54, 59 ff m.w.Nachw.

deren Indizwirkung aber entfallen muß, wenn die stillschweigende Einbeziehung solcher Klauseln in Frage steht¹⁴⁾.

Können die erwähnten charakteristischen Indizien nicht herangezogen werden, weil über deren Einbeziehung in den Vertrag gestritten wird, so können allgemeinere Hinweise, wie "Nationalité, domicile des parties et forme du contrat"¹⁵⁾ und in Ermangelung dieser "indices subsidiaires", der Erfüllungsort oder letztlich der Abschlußort¹⁶⁾ für die Bestimmung des maßgeblichen Rechts entscheidend sein.

Grundsätzlich ergeben sich nun bezüglich der stillschweigenden Einbeziehung von AGB bei der isolierten Anknüpfung dieser Frage folgende Prüfungspunkte:

1. Die Sonderanknüpfung bei der stillschweigenden Einbeziehung von AGB gilt dann für die Vertragsannahme insgesamt, weil es die Interessenlage allgemein erfordert.
2. Das durch die Gesamtverweisung auch für maßgebend erklärte französische IPR kennt keine isolierte Anknüpfung, also kommt das nach französischem IPR für den gesamten Vertrag geltende Recht zur Anwendung.
3. Da der Rechtsanwendungsbefehl der Sonderanknüpfung eine Gesamtverweisung ausspricht, besteht auch die Möglichkeit der Rückverweisung auf deutsches Recht, wenn das nach französischem IPR für den übrigen Vertrag anwendbare Recht deutsches Recht ist.

14) Beim Zustandekommen einer Gerichtsstandsklausel kann trotz des EWG-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (s.u.S.) das französische IPR noch relevant werden.

15) Rep.dr.int.pr. "Contrats et Conventions", a.a.O., Nr. 71-73.

16) Rep.dr.int.pr. "Contrats et Conventions", a.a.O., Nr.77 ff m.w.Nachw.

2. Sonderanknüpfung bei "branchenüblichen" AGB

Branchenübliche AGB, wie die Allgemeinen Spediteurbedingungen, verdienen nicht nur wegen ihrer einfachen Einbeziehung in den Vertrag ohne Vereinbarung und Hinweis eine besondere Behandlung, sondern auch wegen der unterschiedlichen Bewertung durch die deutschen Gerichte gegenüber anderen AGB.

Die Rechtssprechung¹⁷⁾ setzt nämlich bei Inlandsverträgen in Hinsicht auf die ADSp nicht einmal den sonstigen Hinweis auf AGB voraus; es kommen also Verträge, die AGB zum Inhalt haben, kaum noch vor, weil nach Ansicht der Gerichte die ADSp einen solchen Bekanntheitsgrad erlangt haben, daß ein Hinweis und erst recht ein Hinzufügen des Textes der ADSp überflüssig seien. Jeder Kunde eines Spediteurs muß also damit rechnen, daß sein Vertragspartner die ADSp verwendet¹⁸⁾.

Nun wäre es nicht von kollisionsrechtlicher Bedeutung, wenn die deutschen Gerichte nur bei Inlandsverträgen so verfahren würden, es kommt aber vor, daß diese Auffassung auch Ausländer miteinbezieht. Dabei wird die stillschweigende Unterwerfung unter die ADSp nicht einmal als ein kollisionsrechtliches Problem erfaßt, vielmehr wird ohne nähere Begründung das Wirkungsstatut auch auf den vorkonsensualen Bereich angewandt, wobei deutsches Recht bevorzugt Anwendung gefunden hat¹⁹⁾.

Begünstigt wird die Anwendung deutschen Rechts und damit der ADSp noch durch § 65 lit. b) der ADSp, der bezüglich der Rechtsbeziehungen des Spediteurs zum Auftraggeber oder seinen Rechtsnachfolger deutsches Recht für maßgeblich erklärt, was außerdem zur Folge hat, daß die Anwendung des somit ge-

17) Vgl. Palandt-Heinrichs, 34. Aufl., 1975, Anm. 6 B d ff vor § 145

18) S. dazu die Kritik von Schmidt Salzer, AGB 1971, RdNr. 39f.

19) So richtig Hepting, AWD 1975, 458 ff.

wählten Vertragsstatuts auch auf die Voraussetzungen seiner Geltung zu einem Zirkelschluß führt²⁰⁾.

Die Gleichstellung von Ausländer und Inländer wirkt sich auch im deutsch-französischen Rechtsverkehr aus, obwohl Entscheidungen vorhanden sind, die noch einen besonderen Hinweis auf die AGB durch den inländischen Spediteur verlangen²¹⁾.

Wie soll aber ein Franzose geschützt werden, wenn er den Wortlaut der ADSp nicht kennengelernt hat, was aber nach seiner Rechtsordnung Voraussetzung für eine Einbeziehung ist?

Bedauerlicherweise hält der BGH an dieser im Hinblick auf das Kollisionsrecht ausländerfeindlichen Rechtsprechung fest, wie die letzten Urteile zeigen²²⁾, die zwar nicht deutsch-französische Speditionsgeschäfte betreffen, doch sich auch in Hinsicht auf Frankreich nicht ändern würden, weil der Ausländer generell dem Inländer gleichgestellt wird.

Anhand der Entscheidung des BGH vom 12.7.1974 soll aufgezeigt werden, daß eine isolierte Anknüpfung bei der Einbeziehung der ADSp die kollisionsrechtliche Lösung ist, die den Interessen der Parteien am ehesten gerecht wird:

Eine tschechische Exportfirma in Prag beauftragte einen tschechischen Spediteur mit dem Transport von Betoneisen nach den Niederlanden. Diese beauftragte einen deutschen Zwischenspediteur (Beklagter). Beim Verladen durch den Beklagten wurde das Betoneisen unbrauchbar. Eine vertragliche Beziehung zwischen dem Beklagten und der tschechischen Exportfirma bestand nicht, doch hatte diese Firma mit dem ersten deutschen Zwischenspediteur korrespondiert, wobei dieser vorge-druckt auf die ADSp verwiesen hat.

Da kein Vertragsverhältnis zwischen der Exportfirma und dem Beklagten bestand, konnte man auch nicht auf das sonst angewandte Vertragsstatut zurückgreifen, wie es noch im Urteil des BGH vom 13.7.1973²³⁾ der Fall war. Der BGH verzichtete

20) OLG München, AWD 1974, 279.

21) OLG Saarbrücken, NJW 1953, 1832.

22) BGH AWD 1973 = WM 1973, 1238 = NJW 1973, 2154; WM 1974, 1118.

23) BGH AWD 1973, 631.

auf jede kollisionsrechtliche Begründung, zog vielmehr auch für die tschechische Exportfirma "wie selbstverständlich" den § 242 BGB heran, ohne überhaupt darin ein kollisionsrechtliches Problem zu sehen. Eine tschechische Firma kann nach Ansicht des BGH nicht anders behandelt werden, wobei er sogar fremdenrechtliche Überlegungen bei der Anwendung des § 242 BGB völlig ignorierte, weil sich die Exportfirma die ADSp nach Treu und Glauben entgegenhalten lassen müsse, wenn sie wisse oder den Umständen nach wissen müsse, daß sie mit einem Spediteur, der die ADSp zugrundelegen würde, zusammenarbeite.

Schon in seiner Entscheidung vom 13.7.1973 hat der BGH es abgelehnt, im Rahmen des deutschen Sachrechts die Ausländereigenschaft des Betroffenen zu berücksichtigen, so daß das Fehlen fremdenrechtlicher Erwägungen im vorliegenden Fall verständlich ist. Daß aber die Gleichstellung von Ausländer und Inländer ein kollisionsrechtliches Problem ist, hat er nicht gesehen. Die vorhandene Lücke bei der Anknüpfung - Vertragsstatut kommt nicht in Frage, weil eine vertragliche Beziehung fehlt -, hätte der BGH mit der isolierten Anknüpfung des Verhaltens der tschechischen Partei besser und gerechter als mit der Anwendung deutschen Sachrechts ausfüllen können, indem er das Umweltrecht des Betroffenen hätte darüber entscheiden lassen sollen, ob die ADSp Anwendung finden. Der etwaige Einwand, die zunehmende wirtschaftliche Verflechtung rechtfertige es, generell Kenntnis der bei den Geschäftsgegnern im Ausland geltenden AGB vorauszusetzen, was dann bei der Anwendung deutschen Sachrechts durch das Vertragsstatut, wie im vorliegenden Fall, die Gleichstellung von In- und Ausländer begründe, ist abgesehen davon, daß er vom BGH nur bei Verträgen zwischen Partnern aus EWG-Staaten angeführt wurde, ein rein sachrechtliches Argument, was nicht der isolierten Anknüpfung entgegengehalten werden kann²⁴⁾.

24) Siehe zum Ganzen Hepting, AWD 1975, 458.

Aber auch wenn man diesen Einwand gelten lassen würde, bestehen doch gewichtige Bedenken, den Ausländer wie den Inländer zu behandeln. Denn innerhalb des EWG-Raumes, wie beim Rechtsverkehr mit Frankreich, kann eine generelle Kenntnis der AGB des Geschäftspartners nicht ausreichen, um den französischen Vertragspartner an die ADSp zu binden. Voraussetzung muß zumindest sein, daß der Wortlaut der ADSp dem Franzosen zur Kenntnis gebracht worden ist. Ein Hinweis allein kann nicht ausreichen.

Diese Überlegungen sollen nun aber keine fremdenrechtliche sein, die innerhalb des deutschen Sachrechts Fuß fassen sollen. Die Berücksichtigung der Interessen des Franzosen kann besser durch eine isolierte Anknüpfung der widerspruchsfreien Hinnahme der ADSp geschehen, weil sich diese Anknüpfung mit dem vertrauten Recht des Betroffenen auseinandersetzt und dadurch eher diesen Interessen gerecht wird, als eine zweifelhafte fremdenrechtliche Berücksichtigung innerhalb des durch das ohne das Vertragsstatut anzuwendenden Sachrechts einer Rechtsordnung.

Eine solche Anerkennung ist nicht nur gerechter, sondern auch systematisch einwandfreier, als der Versuch, über die Anknüpfung an das zu allgemeine Vertragsstatut, das die Interessen des Schweigenden nicht genügend würdigt, innerhalb des anzuwendenden Sachrechts zwischen Ausländer und Inländer zu differenzieren. Es handelt sich hier um ein kollisionsrechtliches Problem, dem mit fremdenrechtlichen Überlegungen nicht abzuhelpen ist.

Eine isolierte Anknüpfung führt aber auch hier, wie bei anderen AGB, bei einem deutsch-französischen Speditionsgeschäft mit einem französischen Kunden eines deutschen Spediteurs zu der Anwendung des französischen Rechts, einschließlich des französischen Kollisionsrechts, was Hepting in seinem Aufsatz über die isolierte Anknüpfung der ADSp nicht beachtet

hat²⁵⁾. Denn eine Anknüpfung nach objektiven Grundsätzen, wo kein Parteiwille vorliegt, wie die isolierte Anknüpfung des Schweigens und der stillschweigenden Einbeziehung von AGB, spricht immer eine Gesamtverweisung aus, so daß eine Rück- oder Weiterverweisung möglich ist. Vielleicht ging Hepting davon aus, daß von vielen der Renvoi im internationalen Vertragsrecht abgelehnt wird, doch wo gerade kein Parteiwille vorliegt, ist der Renvoi so wenig und so sehr problematisch wie in anderen Rechtsgebieten auch²⁶⁾.

3. Beide Parteien schweigen auf die AGB des anderen

Im deutsch-französischen Rechtsverkehr ist auch der Fall denkbar, daß beide Parteien auf die AGB des anderen schweigen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es nur konsequent, eine doppelte Sonderanknüpfung vorzunehmen, wenn sich ein deutsches Gericht mit dem Fall befassen müßte, d.h. ob das Schweigen des Deutschen rechtlich relevant ist, entscheidet deutsches Sachrecht, und ob dem Schweigen des Franzosen rechtliche Bedeutung zukommt, entscheidet nach Verweisung auf das französische Kollisionsrecht das Recht, das durch das französische IPR für anwendbar erklärt worden ist. Als Teil der Vertragsannahme unterliegt dieses Teilproblem dem Vertragsstatut, das den übrigen Vertrag beherrscht. Nach französischem Kollisionsrecht ist demnach das Recht maßgebend, welches durch das nach französischem IPR ermittelte Vertragsstatut zur Anwendung kommt. Das kann, je nach Umständen, deutsches oder französisches Sachrecht sein, wenn man die Rückverweisung auf deutsches Recht als Vertragsstatut anerkennt. Ist deutsches Sachrecht nun aufgrund einer Rückverweisung auch für den Franzosen anwendbar, so stellen sich

25) Hepting, RIW-AWD 1975, 458, 462.

26) Martiny - in Reithmann, a.a.O., RdNr. 69.

keine weiteren Probleme, weil beide Sonderanknüpfungen im Ergebnis übereinstimmen, d.h. es gilt dann in allen Fragen des Vertragsschlusses deutsches Recht.

Etwas anderes ergibt sich, wenn das Kollisionsrecht französisches Sachrecht für anwendbar erklärt. Denn das deutsche Sachrecht spricht nur eine Bindung des schweigenden französischen Geschäftsgegners an die AGB des deutschen aus, wenn er nicht derjenige gewesen ist, der zuletzt auf seine AGB verwiesen hat.

Demgegenüber lehnt das französische materielle Recht grundsätzlich eine Bindung beider Parteien an die AGB jeweils der anderen Partei ab, weil sich widersprechende AGB aufheben würden.

Es stellt sich nun die Frage, welches Recht vorzuziehen ist, oder ob beide berücksichtigt werden sollen; d.h. stimmen beide Rechte nicht überein, entfällt die Einbeziehung der AGB beider Parteien.

Rein von Ergebnis her erscheint das französische Recht das vorzugswürdigere Recht, weil es keine der beiden Parteien²⁷⁾ belastet, während das deutsche Recht eine Bindung einer Partei an die AGB des anderen ausspricht. Aber nicht nur das Ergebnis spricht für die französische Lösung, sondern auch die Tatsache, daß die neuere deutsche Rechtsprechung jetzt selbst im Zweifel annimmt, daß die AGB beider Parteien nicht Vertragsinhalt werden, ohne daß hierdurch die Wirksamkeit des Vertrages im übrigen berührt wird²⁸⁾.

27) Es handelt sich hier um ein Problem der Theorie der Kumulation, s. dazu Neuhaus, Grundbegriffe, S. 98 ff.

28) BGH WPM 1974, 842; DB 1972, 1914; BGHZ 61, 282.

III. Die stillschweigende Abnahme einer Rechtswahlklausel

Im internationalen Geschäftsverkehr haben die Parteien die Möglichkeit, das Recht zu wählen, das sie auf den Vertrag angewendet wissen wollen²⁹⁾.

Diese Freiheit, das Recht zu bestimmen, wird allgemein als Parteiautonomie bezeichnet, der die deutsche Rechtsprechung in stetem Kampf mit der Lehre zum Durchbruch verhalf³⁰⁾.

Die Parteien haben somit das Recht, sich über das anwendbare Recht zu einigen, d.h. angeknüpft wird die maßgebende Rechtsordnung an den Parteiwillen³¹⁾.

Der Parteiwille einer Partei kann dadurch zum Ausdruck kommen, daß sie die formulargemäße Klausel über das anwendbare Recht in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen aufstellt, auf die sich der Geschäftspartner äußern soll³²⁾. Dadurch wird die Rechtswahl zwar Bestandteil des Grundvertrages, doch sieht die Rechtsprechung darin einen gesonderten Verweisungsvertrag³³⁾, der vom Hauptvertrag, was seine Gültigkeit betrifft, völlig unabhängig³⁴⁾ ist.

Der Verweisungsvertrag, der die Rechtswahl beinhaltet, ist

29) Kegel, IPR, S. 255.

30) S.d. Gamillscheg, AcP 157, 303 ff.

31) Neuhaus, Grundbegriffe, S. 169.

32) Martiny in Reithmann, a.a.O., S. 5: Ein allgem. Verbot der Rechtswahl in AGB sei weder geboten noch zweckmäßig, mit Hinw. a. Sumampouw, RabelsZ 1966, 334 ff.

33) BGH AWD 1962, 52 = JZ 1963, 167.

34) Moser, Vertragsabschluß, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht, 1948, 233 ff; Raape, IPR, S. 467.

somit ein selbständiger³⁵⁾ Vertrag, für den die allgemeinen Regeln über Angebot und Annahme gelten.

Voraussetzung ist also, daß eine rechtsgeschäftliche Einigung über die Rechtswahl vorliegt, bevor der Hauptvertrag nach dem gewählten Recht beurteilt wird.

Dies wirft aber die Frage auf, welches Recht den Konsens bezüglich der Rechtswahl beurteilen soll, wenn sich z.B. im deutsch-französischen Rechtsverkehr die Rechtswahlklausel in einem Bestätigungsschreiben befand, auf das der französische Geschäftsgegner geschwiegen hat.

1. Meinungsstand

Bei der Beantwortung dieser Frage gehen die deutsche Rechtsprechung³⁶⁾ und Lehre³⁷⁾ teilweise unterschiedliche Wege, wobei sie sich aber weniger mit dem anwendbaren Recht für das Schweigen als Vertragsannahme befassen, als vielmehr mit Rechtsanwendung für den Vertragsabschluß im allgemeinen.

Eine Ansicht in der Literatur geht davon aus, diese Frage nach dem Recht des Hauptvertrages zu entscheiden³⁸⁾, während eine andere Meinung³⁹⁾ in diesem Fall die lex fori anwenden will. Eine direkte Stellungnahme seitens des BGH fehlt⁴⁰⁾.

35) Vgl. Soergel-Kegel, RdNr. 233 vor Art. 7 EGBGB; Vischer, Internationales Vertragsrecht, 1962, S. 66 ff; der Verweisungsvertrag bedarf z.B. nicht der Form, die für den Hauptvertrag vorgesehen ist, s. BGHZ 53, 189.

36) LG Mainz AWD 1972, 296 m.w. Nachw.

37) Raape, IPR, S. 468; v.Hoffmann, s.o. S. 214, S. 516 m.w.Nachw.

38) Soergel-Kegel, RdNr. 234 vor Art. 7 EGBGB.

39) Raape, IPR, S. 468.

40) BGH NJW 1961, 1061 = BB 1961, 469 = AWD 1961, 103.

Eine dritte Meinung versucht, dem Einwand des Zirkelschlusses bei der Anwendung des gewählten Vertragsstatuts auch für die Frage des Zustandekommens der Rechtswahlklausel zu entgehen, indem sie es für die Anwendung des in der Rechtswahlklausel angegebenen Rechts als ausreichend ansieht, wenn beide Vertragsparteien ein Verhalten nach außen erkennen lassen, "das in einen eindeutigen Bezug zur Rechtswahlklausel zu bringen ist"⁴¹⁾, d.h. die Prüfung der Erklärung einer Vertragspartei nach dem gewählten Recht bedeutet keine "petitio principii"⁴²⁾, man müsse vielmehr an die Erklärung als Faktum - der Anschein, der erweckt wurde⁴³⁾ - anknüpfen.

Die Frage des Schweigens auf eine Rechtswahlklausel wird also entweder von dem heimischen Recht des angerufenen Gerichts entschieden, oder von dem in der Rechtswahlklausel angegebenen Recht.

Dabei soll es nach der vermittelnden Meinung für die Anwendung des gewählten Rechts schon ausreichend sein, wenn der "Anschein" einer Rechtswahlvereinbarung gesetzt wurde.

Dieses kann z.B. der Fall sein⁴⁴⁾, wenn der Anschein eines faktischen Willens der Vertragsparteien durch eine Unterschrift unter einen Vertrag, in dem auf die AGB einer der beiden Parteien verwiesen wird, gegeben ist. Eine Ausnahme und damit die Anwendung des Wohnsitzrechts des Betroffenen wird befürwortet, wenn die Rechtswahlklausel der anderen Partei nur zugesandt worden sei. Eine einseitige Rechtswahlklausel reicht nach dieser Ansicht nicht mehr aus, um ihr rechtliche Beachtung beim Schweigen des Annehmenden zu schenken⁴⁵⁾.

41) v.Hoffmann, a.a.O., S. 519.

42) Neuhaus, Grundbegriffe, S. 172.

43) Raape, a.a.O., S. 468.

44) v.Hoffmann, a.a.O., (Fußnote 10), S. 519.

45) v.Hoffmann, a.a.O., (Fußnote 10), S. 520.

Diese Meinung will also nur das Wohnsitzrecht des Schweigenden anwenden, wenn er sich nicht auf Verhandlungen eingelassen⁴⁶⁾ und keinen Anschein einer Rechtswahlvereinbarung gesetzt hat.

Kann eine beiderseitige, übereinstimmende Bezeichnung einer Rechtswahl nicht angenommen werden, wenn z.B. das Verhalten beider Vertragsteile nach einer Rechtsordnung nicht ausreichend⁴⁷⁾ für einen gemeinsamen Anschein ist oder ganz generell faktische Rechtswahlerklärungen nicht vorhanden sind, so wird eine Schwerpunkt Betrachtung des Vertragsverhältnisses im Stadium der Anbahnung von Vertragsverhandlungen vorgeschlagen⁴⁸⁾.

Eine Einschränkung von dieser Schwerpunktermittlung wird befürwortet, wenn der Versuch der einen Partei, mit der anderen Kontakt aufzunehmen, ohne Resonanz geblieben ist⁴⁹⁾. Dann könne auch das Zusenden von AGB nicht dazu führen, die Frage, ob eine darin enthaltene Rechtswahlklausel wirksam angenommen worden sei, nach einem anderen Recht als dem Wohnsitzrecht der untätig gebliebenen Partei zu beurteilen⁵⁰⁾. Der Offerent soll dann bei der Schwerpunktermittlung im vorvertraglichen Bereich begünstigt werden, weil die "Offerente - im technischen Sinne gemeint" - vertragsbestimmenden Charakter habe. Untermauert wird diese Einstellung durch die deutsche Rechtsprechung und einen Teil der Lehre, nach denen, wenn sich einerseits Sach- oder Dienstleistung und Geldleistung gegenüberstehen, stets die Leistung des geschuldeten Entgelts für viele Vertragstypen, wie z.B. Kauf-, Lizenz-,

46) S.O.S. 236 ff.

47) Siehe in der Kritik dazu unten S.238.

48) v.Hoffmann, a.a.O., S. 520.

49) v.Hoffmann, a.a.O., S. 520.

50) v.Hoffmann, a.a.O., S. 520.

Werkvertrag, die untypische ist, d.h. maßgeblich ist stets das Recht der Partei, die die Sach- oder Dienstleistung erbringt, die meistens auch der Offerent sein wird.

2. K r i t i k

Alle drei Auffassungen würdigen aber nicht ausreichend die Interessen des Schweigenden bei der stillschweigenden Einbeziehung einer Rechtswahlklausel.

Abgesehen davon, daß die Berücksichtigung der lex fori für das Zustandekommen der Rechtswahlvereinbarung dem internationalen Entscheidungseinklang zuwiderlaufen würde, weil in vielen Staaten - so z.B. in Frankreich⁵¹⁾ - nicht das lex fori, sondern das gewählte Recht auch über den Abschluß des Verweisungsvertrages entscheidet, ist die Anwendung des heimischen Rechts des angerufenen Gerichts willkürlich und den Interessen der schweigenden Partei nicht gerecht. Denn je nach den Umständen kann das für beide Parteien herangezogene Recht bei der Frage des Zustandekommens der Rechtswahl mit dem Heimatrecht des Schweigenden oder seines Geschäftsgenossens übereinstimmen, wenn nicht sogar ein für beide fremdes Gericht angerufen wird. Bei etwaigen Streitigkeiten unter den Parteien braucht deshalb nur die Partei, die die Rechtswahlklausel in den Vertrag eingeführt hat, ihr Gericht anzurufen, das dann über das Zustandekommen der Rechtswahl nach den vertrauten Grundsätzen der Partei entscheidet. Eine solche Einseitigkeit in der Behandlung der Interessen kann nicht mehr gerechtfertigt sein.

Auch der Anwendung des gewählten Rechts für das Zustandekommen der Rechtswahlvereinbarung gegenüber bestehen ähnliche Bedenken, weil sie einseitig denjenigen bevorzugt, der die Klausel in den Vertrag eingeführt hat.

51) Man nimmt dabei Bezug auf das Haager Abkommen vom 15.6. 1955, das für internationale Warenkäufe gilt, und seinen Art. 2 Abs. 3, in dem sich die Voraussetzungen für die Einigung der Vertragsparteien hinsichtlich des anzuwendenden Rechts eben nach diesem Recht richten.

Daneben besteht der Einwand, der hauptsächlich von den Anhängern der Maßgeblichkeit der *lex fori* erhoben wird, daß die Anwendung des gewählten Vertragsstatuts auch auf die rechtsgeschäftliche Einigung zu einem Zirkelschluß führe⁵²⁾.

Denn das vertraglich vereinbarte Recht könne erst maßgeblich sein, wenn feststehe, daß die Rechtswahl ihrerseits zustandegekommen ist. Prüfe man bereits das Zustandekommen des Verweisungsvertrages nach dem in der Rechtswahlklausel angegebenen Recht, so ziehe man sich "wie Münchhausen am eigenen Schopf aus dem Sumpf"⁵³⁾.

Bernhard von Hoffmann versucht zwar mit seiner vermittelnden Lösung diesem Einwand entgegenzuwirken, doch bestehen Bedenken gegen seine Auffassung des "gemeinsamen Anscheins" vor allem darin, daß die Beurteilung der Erklärung als "Faktum" - des Anscheins, der erweckt wurde - von den rechtlichen und tatsächlichen Vorstellungen der Richter, eben doch der *lex fori*, beherrscht wird. Mit anderen Worten, die Richter, die sich mit dem Sachverhalt befassen müssen, wenden "indirekt" die ihnen vertrauten Grundsätze des täglichen Lebens im Geschäftsverkehr in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht an, was dem Auslandsbezug nicht gerecht wird.

Wenn v. Hoffmann z.B. der äußere Anschein in der Form genügt, daß sich die Klausel aus einem von beiden unterschriebenen Schriftstück ergibt, auch wenn dieses Schriftstück zunächst nur auf AGB verweist, in denen sich die Klausel befindet, so taucht doch die Frage auf, ob z.B. auch die Unterschrift allein mit einem Hinweis auf die AGB in Frankreich ausreichend und in einen eindeutigen Bezug zur Rechtswahlklausel zu bringen ist⁵⁴⁾. Denn das französische Recht verlangt zu-

52) Vgl. statt aller Moser, a.a.O., S. 179-182.

53) Ferid, Auslandsverträge, S. 20.

54) v. Hoffmann, a.a.O., S. 519.

sätzlich die tatsächliche Kenntnis der Klauseln vor Vertragsschluß, was im täglichen Geschäftsverkehr dem Unterschreibenden mehr Sicherheit gibt und seine Gewohnheiten prägt, und was um so schwerer zu beweisen ist, wenn nur ein Hinweis auf AGB vorhanden ist, ohne daß der Text dieser Bedingungen beilag⁵⁵⁾.

Für den französischen Richter kann somit erst der "Anschein" vorliegen, wenn der Text der Klausel dem Unterschreibenden zugänglich war. Das französische Recht mißt also der Unterschrift allein unter einem Schriftstück nicht dieselbe Bedeutung bei, wie das deutsche Recht, wo ein einfacher Hinweis auf die AGB genügt⁵⁶⁾.

Kann man da noch von einem "gemeinsamen Anschein" in einem eindeutigen Bezug auf die Rechtswahlklausel sprechen?

Eine befriedigende Lösung läßt sich nur durch die Berücksichtigung der anderen Rechtsordnung erreichen, indem man bei der Anknüpfung an die Erklärung als "Faktum", an den gemeinsamen Anschein, sich die Frage stellt, ob das Verhalten beider Vertragsparteien auch nach beiden Rechtsordnungen in einem eindeutigen Bezug zur Rechtswahlklausel zu bringen ist. Das setzt aber die Berücksichtigung des Umweltrechts des Schweigenden voraus!

Aber auch bei der Schwerpunktermittlung schon im vorvertraglichen Bereich, die eingreifen soll, wenn der faktisch gemeinsame Anschein einer Rechtswahlvereinbarung fehlt, kann es erforderlich sein, das Umweltrecht der Partei zu berücksichtigen, die nicht die charakteristische Leistung erbringt. Denn als Rechtfertigung wird für diese Meinung wieder auf das schon abgelehnte Argument zurückgegriffen, daß sich der

55) S.z.B. Cour d'appel Rouen, 17.2.1967, D. 1967, Somm. 94.

56) Schmidt-Salzer, AGB, 1971, S. 30.

Annehmende auf Vertragsverhandlungen eingelassen habe⁵⁷⁾, wobei aber nicht beachtet wird, daß das vorvertragliche Vertrauensverhältnis eine gegenseitige und nicht eine einseitige Pflichtenlage schafft⁵⁸⁾, sich über das fremde Recht zu informieren⁵⁹⁾. Man kann dann erst eine Informationsobliegenheit für den Annehmenden begründen, wenn der Offerent seinerseits alles getan hat, damit seine Absichten in Hinsicht auf den Vertrag klar zum Ausdruck kommen. Solange dies nicht geschieht, führt es zu einer einseitigen Bevorzugung des Offerenten, der sich auf die Anwendung seines Rechts verlassen kann, wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl fehlt, während der Schweigende sich bei der Bewertung seines Verhaltens fremden Rechtsregeln unterworfen sieht.

Für den Vorrang der Sach- und Dienstleistungs- vor der Geldleistungspartei sprechen zwar gute Gründe, sofern der Vertrag zustandegekommen ist, doch darf dabei nicht vergessen werden, daß die Partei mit der vertragstypischen Leistung meistens auch die wirtschaftlich stärkere ist, d.h. bei Kaufverträgen kann die liefernde Partei ihre AGB mit einer Rechtswahl- und Haftungsfreizeichnungsklauseln dem Vertrag zugrundelegen, auf die die ausländische Partei schweigt, weil sie in ihrer Rechtsordnung stärker vor diesen Klauseln geschützt wird, ohne daß der Verkäufer befürchten muß, daß bei fehlender faktischer Rechtswahlerklärung ein anderes Recht über die Wirksamkeit dieser Klauseln entscheidet.

Die Anknüpfung an die vertragstypische Leistung würde also die wirtschaftliche Position der Sach- oder Dienstleistungspartei in erheblichem Maße verstärken, indem sie bei fehlendem gemeinsamen Anschein in Bezug auf die Rechtswahlklausel auch noch die Durchsetzbarkeit von Klauseln garantiert, auf die die andere Partei geschwiegen hat, weil sie, wie es in Frankreich der Fall ist⁶⁰⁾, von gegensätzlichen Gewohnheiten in der Beurteilung des Schweigens als Zustimmung ausging.

Die schweigende Partei kann grundsätzlich schon die schwächere

57) S.v. Hoffmann, a.a.O., S. 518.

59) v. Hoffmann, a.a.O., S. 515.

58) S.o.S. 240 f .

60) S.o.S. 72 ff.

Partei bei der Anknüpfung an die vertragstypische Leistung sein, sie verliert aber jeglichen Schutz bei der Frage der Anknüpfung des Schweigens, den ihr die eigene Rechtsordnung gewährt, weil Frankreich nicht so großzügig wie die deutsche Rechtsprechung in der Bewertung des Schweigens als Zustimmung ist.

Die Bevorzugung der Partei, die die charakteristische Leistung erbringt, ließe sich noch damit rechtfertigen, daß die Geldleistung für viele Vertragstypen stets die gleiche ist, also nicht typisch ist, doch eine zusätzliche Begünstigung der Sach- oder Dienstleistungspartei in der Form, daß sie die großzügigen Möglichkeiten ihrer Rechtsordnung in die Bewertung der Annahme von Klauseln zu Lasten der ansonsten schon schwächeren Partei ausnutzen kann, steht m.E. im Widerspruch zur internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit, die eine Anknüpfung fordert, die allen Interessen, und nicht nur denen einer Partei gerecht wird.

Außerdem entspricht eine Schwerpunktermittlung schon im Vorvertragsstadium nicht den praktischen Gewohnheiten im Geschäftsverkehr beim Abschluß von Verträgen. Aufgrund der Dispositionsfreiheit der Parteien kann man während der Verhandlungen noch gar nicht sicher sein, wie, wo und wann das Vertragsverhältnis nach Abschluß wirklich abgewickelt wird, so daß eine sichere Schwerpunktermittlung schon im Vorvertragsstadium schwerfallen wird⁶¹⁾.

Deshalb darf man bei der Frage nach der Wirksamkeit des Verweisungsvertrages nicht nur einseitig das Recht der Partei anwenden, die ein Interesse an der Anwendung ihres Rechts in Form von Klauseln zum Ausdruck bringt. Vielmehr muß auch auf denjenigen Rücksicht genommen werden, der eine wirksame Einbeziehung dieser Rechtswahlklausel in den Vertrag bestreitet, wie es im Fall des Schweigens auf eine solche Klausel

61) So richtig Graf v. Westphalen, AWD 1972, 579.

gegeben ist. Denn die Bewertung des Schweigens als Zustimmung setzt voraus, daß er sich dieser Beurteilung bewußt sein und er mit einer für ihn ungünstigen Beurteilung rechnen muß.

Handelt aber ein Franzose unbewußt in Bezug auf diese Rechtsregeln der deutschen Rechtsordnung, dann kann man auch seinem Verhalten nur insoweit eine rechtlich positive Bedeutung zukommen lassen, als er nach französischem Recht hätte damit rechnen müssen. Dies kann nur durch die Anwendung seines Umweltrechts geschehen.

Unterläßt man eine Anwendung seines Umweltrechts in Hinblick auf das Schweigen, so kann nach der *lex cuasae* eine Rechtswahl zustandekommen, obwohl (muß nicht) der Schweigende nach seinem ihm vertrauten Recht nicht den Willen dazu gezeigt hat.

Diesem unerwünschten Ergebnis kann man nur dadurch begegnen, daß man im Fall des Schweigens einer Partei auf eine Rechtswahlklausel eine Sonderanknüpfung vornimmt, und das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Schweigenden anwendet. Eine solche Anknüpfung entspricht auch eher der Sicherheit im Rechtsverkehr, die bei der Bestimmung des "gemeinsamen Anscheins" oder des Schwerpunktes des Vertragsverhältnisses schon im Vorvertragsstadium nicht vorhanden ist.

Auch berücksichtigt sie alle Interessen, die bei einer Anknüpfung nur an das gewählte Recht zu einer einseitigen Begünstigung der schon wirtschaftlich stärkeren Partei führen kann.

3. Zusammenfassung

Ausgehend von den oben aufgezeigten allgemeinen Grundsätzen über die Sonderanknüpfung bei der stillschweigenden Einbe-

ziehung von AGB sollte somit ein deutsches Gericht die Frage des Schweigens eines Franzosen nach seinem Umweltrecht beurteilen, d.h. es sollte isoliert anknüpfen, und nicht auf die einseitigen Theorien zurückgreifen, um das für das Zustandekommen einer Rechtswahlvereinbarung maßgebliche Recht zu ermitteln. Dabei darf es nicht übersehen, daß, trotz der vielen Vorzüge der isolierten Anknüpfung gegenüber der Anknüpfung an die lex fori oder lex causae, der Schutz nicht weitergehen darf, als ihn das Umweltrecht vorsieht. Eine aufgrund objektiver Kriterien ermittelte Anknüpfung spricht deshalb eine Gesamtverweisung aus, so daß eine Rück- und Weiterverweisung möglich ist.

IV. Stillschweigende Annahme einer Gerichtsstandsklausel

Gerade im deutsch-französischen Rechtsverkehr ist das wirksame Zustandekommen von Gerichtsstandsvereinbarungen vor dem Prozeß der häufigste Streitpunkt, was aber nicht nur auf die großzügige deutsche Rechtsprechung in Hinsicht auf die stillschweigende Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen zurückzuführen ist. Auch nach französischem Recht wird es ein deutscher Verkäufer schwer haben, den Nachweis zu führen, daß z.B. eine modifizierte Auftragsbestätigung den Vertrag erst zustande gebracht hat, und daß der in dieser Auftragsbestätigung vermerkte Hinweis auf nicht beigelegte AGB mit der Gerichtsstandsklausel ausreichend für den Zugang dieser Klauseln beim Besteller war, wenn die tatsächliche Kenntnis der Gerichtsstandsklausel vor oder spätestens bei Vertragschluß verlangt wird⁶²⁾.

62) Cour d'appel Rouen, 17.2.1967, D. 1967, Somm. 94
ders. 1.4.1971, Rec.Dall. 1971, Leitsatzteil S. 126.

1. Zwischenstaatliche Abkommen

Dieser Zustand der Rechtsunsicherheit zwischen beiden Staaten schien durch das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, das am 1.2.1973 - zusammen mit dem dazugehörigen Protokoll für beide Länder⁶³⁾ - in Kraft getreten ist⁶⁴⁾, beseitigt.

Doch eine Entscheidung des Landgerichts Braunschweig vom 29.2.1974 zeigt, daß gerade beim Problem des Schweigens als Vertragsannahme nicht alle Fragen durch das Abkommen geregelt wurden⁶⁵⁾.

Folgender Sachverhalt stand zur Entscheidung an:

Der in Frankreich ansässige Beklagte bestellte bei der deutschen Klägerin teils fernmündlich, teils mündlich Saatgut. Die Klägerin bestätigte diese Aufträge unter Bezugnahme auf ihre Verkaufsbedingungen, in denen es unter Nr. 5 u.a. heißt:

Den Gerichtsstand für beide Teile bestimmt der Verkäufer.

Als zwischen den Parteien Streit entstand, ob das gelieferte Saatgut mangelfrei ist oder nicht, verklagte die Klägerin die französische Beklagte vor dem Landgericht Braunschweig aufgrund ihrer Bedingungen. Die Beklagte wandte ein, daß das Landgericht aufgrund des EWG-Übereinkommens international nicht zuständig sei.

Das Landgericht verneinte seine internationale Zuständigkeit und führte aus:

"Nach Art. 3 des EWG-Übereinkommens können Personen, die

63) Das Übereinkommen wurde am 27.9.1968 von Belgien, der BRD, Frankreich, Italien, Lux. u. den Niederlanden unterzeichnet; bisher war die BRD nur mit Belg. (BGBl. 1959 II 765 f), Ital. (RGBl. 1937 II 145) u.d. Nederl. (RGBl. 1965 26) verbunden. Im Verhältnis zu § 38 II ZPO geht das EWG-Abkommen vor, weil im EWG-Abkommen auch die örtliche Zuständigkeit durch die Art. 17,18 geregelt ist, LG München I 10.6.1975, NJW 1975, 1606; Samtleben, NJW 1974, 1590, 1596; ders. NJW 1975, 1606, Löwe, 1974, 473, 475.

64) BGBl. 1972 II 773; BGBl. 1973 II 60.

65) AWD 1974, 346.

ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates haben, vor den Gerichten eines anderen Vertragsstaates nur unter besonderen Voraussetzungen, nämlich gemäß den Vorschriften des 2. Abschnitts - 6. Abschnitts, verklagt werden⁶⁶⁾.

Eine derartige Möglichkeit, nämlich den Beklagten als in Frankreich ansässig vor einem deutschen Gericht zu verklagen, wäre ... bei einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 17 gegeben. Hierfür fehlt es aber an den erforderlichen Voraussetzungen.

Nach Art. 17 I setzt eine wirksame Gerichtsstandsklausel voraus, daß sie entweder schriftlich getroffen ist, oder daß eine mündliche Vereinbarung schriftlich bestätigt worden ist. Daß eine schriftliche Vereinbarung getroffen ist, hat die Klägerin nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

In Betracht kommen konnte allenfalls eine mündliche, schriftlich bestätigte Vereinbarung. Aber auch hieran fehlt es im vorliegenden Fall.

Eine einseitige Bezugnahme auf die AGB der Klägerin reicht insoweit nicht aus. Es hätte vielmehr eine mündliche Vereinbarung vorausgehen müssen. Auch das hat die Klägerin aber nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich".

Das Gericht hielt also seine internationale Zuständigkeit für nicht gegeben, weil der beiderseitigen Schriftform nicht Genüge getan worden ist, wie es aber der Fall wäre, wenn die Gerichtsstandsklausel in einem von beiden Parteien unterzeichneten Schriftstück oder wenn der Vertrag in Briefen, Telegrammen oder Fernschreiben enthalten ist, die die Parteien gewechselt haben⁶⁷⁾.

Außerdem sei auch, nach Ansicht des Gerichts, nicht nur das Vorliegen einer schriftlichen Bestätigung, sondern auch die mündliche Vereinbarung selbst zu beweisen, wenn der Bestätigende nur einseitig Bezug auf seine AGB nimmt.

66) Es ist bemerkenswert, daß die Grundregel des Art. 3 für die Anwendung des Übereinkommens auf den Wohnsitz des Beklagten abstellt, während Art. 17 den Wohnsitz einer der Parteien innerhalb der Vertragsstaaten genügen läßt. s. Samtleben, NJW 1974, 1590 ff.

67) Samtleben, a.a.O., S. 1592 f. m. w.Nachw.; v.Hoffmann, AWD 1973, 57 ff 62.

Die französische Beklagte berief sich also auf das EWG-Übereinkommen, das das Gericht berücksichtigte, ohne daß die Richter jedoch die Problematik des Falles richtig erkannt haben. Denn die widerspruchslose Inempfangnahme der Gerichtsstandsklausel ist nicht eine Frage der Form, sondern eine Frage des Zustandekommens dieser Gerichtsstandsvereinbarung.

Das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung ist aber im Abkommen nicht geregelt und ist deshalb nach dem autonomen Kollisionsrecht der *lex fori* zu beurteilen⁶⁸⁾.

Etwas anderes könnte gelten, wenn man in der Schriftform eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Existenz eines Rechtsgeschäfts sähe, so daß sich die Frage nach dem Zustandekommen erübrigen würde, wenn die Form nicht gewahrt ist. Ob die Formerfordernisse, die in Art. 17 I aufgestellt worden sind, Voraussetzungen für die Wirksamkeit sind oder ob sie nur für die Zwecke des Beweises vorgesehen wurden, ist aber offen geblieben⁶⁹⁾.

Eine Ansicht ist der Auffassung, daß man darin "nur eine einheitliche Normierung der Wirksamkeitsvoraussetzung" sehen könne, weil "sich sonst die Wirkungen der Prorogation nicht recht erklären lassen"⁷⁰⁾. Davon geht man auch im französischen Recht aus, wo in der Schriftform eine Voraussetzung für die Vereinbarung⁷¹⁾ gesehen wird.

Eine solche generelle Einstellung ergibt aber noch keine eindeutige Begründung für die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung. Es bedarf vielmehr einer differenzierteren

68) v.Hoffmann, a.a.O., S. 63.

69) Bericht der Regierungssachverständigen zu dem Übereinkommen, Bundestagdrucksache VI/1973 S-52-104, S. 82; s.a. Bülow, Internationales Zivilprozeßrecht, RabelsZ 29 (1965), 473 ff, 493.

70) Bülow, a.a.O., S. 493.

71) Mezger, AWD 1974, 377.

Betrachtungsweise, die von der in Art. 17 erwähnten Möglichkeit der Form ausgeht.

Dabei muß die Warnfunktion der Form berücksichtigt werden, die die Parteien vor übereiltem Vertragsabschluß schützen will.

Dieser Warnfunktion gerecht wird nur die "volle Schriftlichkeit", d.h. ein Schriftwechsel zwischen den Parteien - auch fernschriftlich - in dem eine Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich abgeschlossen worden ist, genügt⁷²⁾.

Doch bei der sogenannten "halben Schriftlichkeit"⁷³⁾, d.h. bei der schriftlichen Bestätigung einer mündlichen Gerichtsstandsvereinbarung, erhält derjenige, der zuerst mündlich zugesagt hat und später seinen Sinn in Hinsicht auf die Gerichtsstandsvereinbarung änderte, keine weitere Überlegungsfrist mehr und ist an die Abrede bei der schriftlichen Bestätigung durch die andere Vertragspartei gebunden.

Dies widerspricht dem Zweck der Form, die beteiligten Parteien vor einem übereilten Vertragsabschluß zu warnen, so daß man bei dieser Möglichkeit des Art. 17 I nicht an der Schriftform festhalten darf.

Die Zusendung der Bestätigung einer mündlich abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung nach Abschluß von Vertragsverhandlungen dient also nur Beweis Zwecken⁷⁴⁾.

72) Eine ausdrückliche Vereinbarung ist nicht erforderlich, so daß eine Verweisung auf AGB grundsätzlich als zulässig angesehen werden muß (v.Hoffmann, a.a.O., S. 62). Voraussetzung ist jedoch, daß diese Verweisung eindeutig von dem erklärten Willen der Vertragspartner umfaßt sein muß (Samtleben, NJW 1974, 1962). Ein formularmäßiger Aufdruck auf Briefbögen genügt nicht (Bericht, a.a.O., S.82). Auch Gerichtsstandsklauseln sollen in AGB nicht unbeschränkt zugelassen werden, Arnold, AWD 1969, 91.

73) v.Hoffmann, a.a.O., S. 62.

74) v.Hoffmann, a.a.O., S. 62.

Von einer Beweisführung der einer schriftlichen Bestätigung vorausgegangenen mündlichen Vereinbarung muß man aus praktischen Gründen absehen, was sich auch aus den Materialien zu diesem Übereinkommen ergibt, die davon ausgehen, daß Art. 17 I gerade der kaufmännischen Praxis Rechnung tragen soll⁷⁵⁾.

Somit kann man unter Kaufleuten aus dem Schweigen des Empfängers auf ein Bestätigungsschreiben den Schluß auf das Vorliegen einer mündlichen Verhandlung ziehen⁷⁶⁾.

Hat aber die bestätigende Partei erstmals nach Abschluß der mündlichen Verhandlungen die Gerichtsstandsklausel eingeführt und taucht die Frage auf, ob diese Klausel wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist, so muß diese Frage nach dem Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung von dem Kollisionsrecht der *lex fori* beantwortet werden⁷⁷⁾, weil die 2. Alt. des Art. 17 I nur Beweis Zwecken dient, und der Beweis für vorangegangene Vertragsverhandlungen nicht erforderlich ist⁷⁸⁾.

75) Samtleben, NJW 1974, 1590, 1592.

76) Samtleben, a.a.O., S. 1592.

77) Gothot, Holleaux, La Convention entre les Etats membres de la Communauté économique européenne sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerce, S. 747-791, 764; s. a. v. Hoffmann, a.a.O., S. 63.

78) Man streitet sich darüber, ob der Fall des Bestätigungsschreibens mit einer erstmals nach Vertragsschluß eingeführten Klausel möglich ist (so Samtleben, a.a.O., 1952) oder nicht (so v. Hoffmann, a.a.O., S. 63). Dabei stützen sich beide auf Batiffol, Bericht z. Haager Abkommen v. 1958, der aber nur erwähnt, daß dieser Fall nicht einbezogen worden ist, d.h. aber noch lange nicht, daß dieser Fall bei Art. 17 I miteingeschlossen ist.

Das Landgericht Braunschweig hat somit den Art. 17 I zu wörtlich genommen, und die grundsätzliche Frage nach dem Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung überhaupt nicht beachtet. Mit Hilfe des deutschen Kollisionsrechts, das weiterhin im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten gilt, hätte es die Entscheidung herbeiführen müssen.

2. Lösung durch das deutsche IPR

a) Lösung der Rechtsprechung

Die Beantwortung der Frage, nach welchem Recht der in Betracht kommenden Rechtsordnungen das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung zu beurteilen ist⁷⁹⁾, hängt im deutschen internationalen Vertragsrecht davon ab, ob es sich hierbei um eine Prozeßhandlung oder um einen materiell-rechtlichen Vertrag handelt.

In Rechtsprechung und Schrifttum herrschte darüber Streit, bis der BGH in seiner grundsätzlichen Entscheidung am 29.2. 1968⁸⁰⁾ mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts brach, das in der Gerichtsstandsvereinbarung eine nach dem Recht des angerufenen Gerichts zu beurteilende Prozeßführung sah⁸¹⁾ und auch bei der Gerichtsstandsvereinbarung einen materiellen Vertrag über prozeßliche Beziehungen annahm, so daß im Kollisionsfall für ihn die Regeln des deutschen IPR gelten⁸²⁾.

Es lassen sich vereinzelt Stimmen finden, die in der Gerichts-

79) Ob auch die Formgültigkeit der Prorogation eines internationalen Gerichtsstandes nach dem deutschen Recht als lex fori oder nach dem materiellen Recht des für den Gesamtvertrag maßgeblichen Recht zu prüfen ist, s.dazu die gegensätzlichen Meinungen des BGH BB 1972, 764 (für die lex fori) und Landgericht Hamburg, AWD/RIW 1975, 290 (mat.Recht).

80) BGH NJW 1968, 1233 = AWD 1968, 233.

81) RGZ 159, 255; Warn.Rspr. 1936, Nr.162; Seuffert Arch.89, 249.

82) Siehe beim Schiedsvertrag, BGHZ 23, 198; 40,320.

standsvereinbarung eine Prozeßhandlung sehen⁸³⁾, doch ändert sie nichts an der neuen Auffassung des BGH, die sich auch in weiteren Entscheidungen niederschlug⁸⁴⁾.

Die Umstellung von Prozeßhandlung auf materiell-rechtlichen Vertrag führte aber zu praktischen Schwierigkeiten, die der BGH nicht in seine Überlegungen miteinbezogen hatte. Denn gerade bei Lieferverträgen ist anerkannt⁸⁵⁾, daß eine Vereinbarung über den Gerichtsstand⁸⁶⁾ auf eine stillschweigende Rechtswahl hindeutet⁸⁷⁾, d.h., daß die Parteien das Recht des Staates vereinbaren, dessen Gerichten sie die Zuständigkeit einräumen⁸⁸⁾.

Mit der Qualifizierung der Gerichtsstandsvereinbarung als Prozeßhandlung war es noch recht einfach, von der lex fori ausgehend, das Recht für den Schuldvertrag zu bestimmen, weil für die Frage des Zustandekommens der Gerichtsstandsvereinbarung das angerufene Gericht sein Recht heranzog.

Mit der Anerkennung der Gerichtsstandsvereinbarung aber als materiell-rechtlicher Vertrag über prozeßrechtliche Bezie-

83) Der BGH führte dabei aus, daß Prozeßhandlungen Handlungen der Parteien oder des Gerichts sind, die zur Begründung, Führung und Erledigung des Rechtsstreits dienen und durch prozeßrechtliche Vorschriften geregelt sind (RGZ 77,324; 160,241). Eine Gerichtsstandsvereinbarung gehöre nicht dazu, wenn sie vor Klageerhebung getroffen worden sei, weil sie unmittelbar den Prozeß nicht gestalte, BGH AWD 1968, 233.

84) BGH NJW 1972, 1622 m.Anm. Geimer.

85) Vgl. z.B. BGHZ 57, 72.

86) Vgl. Stellungnahme des deutschen Rates für IPR z.dem Entwurf von 1951 über internationales Kaufrecht, RabelsZ 24 (1959) 151, 153 ff; s.a.Martiny in Reithmann a.a.O., RdNr. 30.

87) S.u. auch bei der Erfüllungsklausel.

88) Kreuzer, a.a.O., S. 197 f, 203 ff m.w.Nachw.

hungen mußte man nun ohne das Indiz der Gerichtsstandsklausel nach dem Vertragsstatut suchen, um erst dann die Frage zu lösen, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung vorlag.

Die damit verbundenen Schwierigkeiten traten voll zu Tage, als der BGH am 22.9.1971 den Ausgangsfall dieser Arbeit zu entscheiden hatte, so daß man in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung von einem Mitglied des erkennenden Senats lesen konnte, daß über die materiell-rechtliche Qualifikation der Gerichtsstandsklausel doch noch nicht das letzte Wort gesprochen sei⁸⁹⁾.

Kritik erregte besonders die Verknüpfung des Vertragsstatuts mit der Gerichtsstandsklausel in der Weise, daß der Senat zuerst mit einer Bestimmung des Schuldstatuts begann, und dann nach diesem Vertragsstatut die wirksame Vereinbarung der Gerichtsstandsklausel prüfte. Der BGH ging also von einer Abhängigkeit der Klausel vom Schuldstatut aus, obwohl die Indizwirkung der Klausel für das Vertragsstatut ein umgekehrtes Verhältnis nahelegt⁹⁰⁾.

Bemerkenswert ist aber in diesem Zusammenhang, daß der BGH es trotz dieser Schwierigkeiten für richtig hielt, das auf diese Weise bestimmte Schuldstatut nicht allein über die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung entscheiden zu lassen.

Gerade im Hinblick auf die Bewertung des Schweigens als Annahme der Gerichtsstandsklausel nimmt er Rücksicht auf das dem Betroffenen vertraute Recht, weil "man einer Partei nicht ohne weiteres ein Verhalten als Willenserklärung anrechnen kann, wenn sie nach ihrem Heimatrecht mit einer solchen Qualifizierung nicht zu rechnen brauchte"⁹¹⁾.

89) Mormann, LM Nr. 39 zu Art. 7 ff EGBGB.

90) Martiny, AWD 1972, 165 ff, 167.

91) BGHZ 57, 72, 75.

Der BGH läßt somit eine Sonderanknüpfung des Schweigens bei der Frage nach dem wirksamen Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung zu, was zu begrüßen ist.

Doch bietet sich in der Literatur ein Weg an, der auch zu einem besonderen Annahmestatut führt, aber die Schwierigkeiten, die der BGH mit der Qualifizierung der Gerichtsstandsvereinbarung als materiell-rechtlicher Vertrag von prozeßrechtlichen Beziehungen hat, aus dem Wege räumt.

b) Lösung in der Literatur

Ausgehend von der "bewährten und unentbehrlichen Regel", daß die stillschweigende Rechtswahl "uno actu" mit der Gerichtsstandsklausel erfolgt⁹²⁾, also eine Nichtbeachtung der Indizwirkung der Gerichtsstandsklausel unannehmbar ist, will eine Ansicht zunächst "ein Zustandekommen der Gerichtsstandsklausel unterstellen", daraus auf eine stillschweigende Rechtswahl des in der Klausel erwähnten Forums schließen, und nach diesem Recht dann das wirkliche Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung und der Rechtswahl prüfen⁹²⁾. Sie will also, ähnlich wie bei der Frage, ob eine gültige Rechtswahlklausel vorliegt⁹³⁾, die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach dem in der Gerichtsstandsklausel angegebenen Gericht und dessen Recht prüfen, wobei sie zu Recht darauf hinweist, daß der darin zum Zuge kommende Zirkelschluß im IPR gebräuchlich ist⁹⁴⁾. Dabei übersieht die Meinung aber, daß sie den

92) Martiny, AWD 1972, 165 f, 167, der außerdem ausdrücklich darauf hinweist, daß, nicht wie der BGH, das Schuldstatut auch über die Gerichtsstandsvereinbarung entscheidet. Austauschvertrag und Gerichtsstandsvereinbarung verfolgen unterschiedliche Zwecke und können deshalb durchaus unterschiedlichen Rechten unterliegen.

93) S.o. 276 f.

94) Auch im französischen Recht hat die Gerichtsstandsklausel eine Indizwirkung, s.Rep.Dall.dr.int.pr. "Contrats et Conventions", Nr. 55 ff.

faktischen gemeinsamen Anschein der Erklärungen der Parteien als Rechtfertigung für ihre These heranziehen will, obwohl gerade in Frage steht, ob überhaupt das anwendbare Recht gemeinsam bezeichnet wurde⁹⁵⁾.

Der Autor⁹²⁾ will vielmehr eine einseitige Bezeichnung des anwendbaren Rechts der gemeinsamen gleichsetzen, was auf eine Benachteiligung der schweigenden Partei hinausliefe.

Um diese mögliche Ungerechtigkeit zu vermeiden, muß man eine isolierte Anknüpfung für das Schweigen vornehmen.

Trotz der Kritik und der Außerachtlassung der Interessen des Schweigenden hat diese Ansicht entscheidend den Vorteil, daß beim Zustandekommen der Klausel die Indizwirkung der Gerichtsstandsklausel gewahrt worden ist, und daß somit eine stillschweigende Rechtswahl mit dem Recht des in der Gerichtsstandsklausel angerufenen Gerichts identisch ist⁹⁶⁾.

Werden auch noch die Interessen des Schweigenden mit der Anwendung des ihm vertrauten Rechts berücksichtigt, so sind etwaige Bedenken wegen einer zu einseitigen Bevorzugung desjenigen, der seine Gerichtsstandsklausel in den Vertrag eingeführt hat und der damit verbundenen Benachteiligung des Betroffenen, gegenstandslos.

Das hat zur Folge, daß bei einem Nichtzustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung nach dem oben vorgeschlagenen Weg, das in der Gerichtsstandsklausel angerufene Gericht seine internationale Zuständigkeit verneinen müßte.

Handelt es sich um einen der Fälle, in denen der Gerichtsstandsklausel keine Indizwirkung auf eine stillschweigende

95) So richtig Graf v. Westphalen, AWD 1972, 596.

96) Martiny, AWD 1972, 165 f, 168.

Rechtswahl zukommt, wenn z.B. der Kläger wahlweise in mehreren Staaten klagen kann⁹⁷⁾, und fehlt es an einer ausdrücklichen Rechtswahl, so wird das Schuldstatut nach anderen Hinweisen bestimmt, wobei auch eine isolierte Anknüpfung des Schweigens möglich sein kann.

Zusammenfassend ist der einmal von Martiny beschrittene Weg - zunächst das Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung zu unterstellen, daraus auf eine stillschweigende Rechtswahl zu schließen, und nach diesem dann das wirkliche Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung (und der Rechtswahl) zu prüfen - fortzusetzen, und die durch die nur "einseitige Erklärung" vorgenommene Wirksamkeitsprüfung erfolgte Benachteiligung des Schweigenden mit der Sonderanknüpfung des Schweigens auszugleichen⁹⁸⁾.

V. Schweigen als Vertragsannahme

Schweigt ein Franzose auf ein deutsches Angebot mit oder ohne AGB, so wäre es recht einfach, generell eine Sonderanknüpfung vorzuschlagen, weil keine Unterschiede zwischen den einzelnen

97) Martiny in Reithmann, a.a.O., Nr. 30.

98) Bei der Schiedsklausel stellt sich die gleiche Problematik wie bei der Gerichtsstandsvereinbarung. Auch hier liegt nach Ansicht des BGH ein materiell-rechtlicher Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen vor (BGHZ 23, 198, 200) und eine Indizwirkung ist auch gegeben, siehe Martiny in Reithmann, a.a.O. RdNr. 31, so daß sich der gleiche Lösungsweg anbietet.

Selbst der BGH hat in BGHZ 51, 255 = AWD 1970, 31 eine Berücksichtigung des "Heimatrechts" des Schweigenden bei einer Schiedsklausel in Erwägung gezogen.

In Frankreich hat die Schiedsklausel auch eine Indizwirkung für die Bestimmung des Rechts, wird aber auch hier als ein Teil des Hauptvertrages behandelt, d.h. untersteht also dem Recht des Hauptvertrages bei der Frage des Zustandekommens.

Vertragstypen zu bestehen scheinen. Auch das französische Kollisionsrecht geht von dem allgemeinen Prinzip aus, daß bei allen Verträgen, gleich welcher Art, das Recht, das den gesamten Vertrag beherrscht, auch für die Frage des Zustandekommens eines Vertrages Anwendung findet⁹⁹⁾.

Doch übersähe man dabei, daß sich die Frage einer isolierten Anknüpfung nicht mehr stellt, wenn in mehreren Staaten ein einheitliches Sachrecht existieren würde, welches im Verhältnis untereinander zur Anwendung käme.

Man muß also vor einer Sonderanknüpfung des Schweigens auf ein Vertragsangebot prüfen, ob nicht internationale Verträge über bestimmte Sachrechtsgebiete bestehen, die das nationale IPR überflüssig machen könnten, d.h. bei verschiedenen Vertragstypen werden nicht mehr die Regeln des Kollisionsrechts der *lex fori* herangezogen, sondern die einheitlich geltenden Sachnormen.

1. Kaufvertrag

Eine solche Änderung trat zum Beispiel im Kaufrecht durch die Ausführungsgesetze ein, die die Bundesrepublik Deutschland durch das Zustimmungsgesetz vom 17.7.1973 zu den Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1.7.1964 erlassen hat¹⁰⁰⁾. Am 16.4.1974 ist dieses internationale Kaufrecht für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten und besteht neben dem deutschen Überleitungsgesetz aus dem "Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen", aus

99) S.o.S. 256 f.

100) BGBI. 1973, II, 995; es handelt sich um eine Rahmenkonvention völkerrechtlicher Natur, in der sich die Vertragsstaaten verpflichten, die in der Anlage zu diesen Übereinkommen enthaltenen Gesetze in ihr Recht zu übernehmen. BGBI. I, S. 858, 868; s.a. Conférence Diplomatique sur l'unification du Droit en Matière du Vente Internationale. La Haye 2 - 25 Avril 1964, Tome I Actes S. 60, 61, Tome II Documentes, S. 34.

dem "Einheitlichen Gesetz über den Abschluß von Internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen¹⁰¹⁾", und aus je einem Übereinkommen zur Ausführung dieser Einheitlichen Kaufgesetze.

Bemerkenswert ist vor allem, daß die Bundesrepublik Deutschland in Art. III des Einführungsübereinkommens von der vorgesehenen Einschränkung der Anwendung dieses Abkommens nur auf "Vertragsstaaten" Gebrauch gemacht hat, was gerade im Verhältnis zu Frankreich von Bedeutung ist, weil Frankreich noch nicht zu den Unterzeichnerstaaten gehört¹⁰²⁾ (a). Das hat zur Folge, daß für "Nichtvertragsstaaten" weiterhin auf die Regeln des deutschen Kollisionsrechts oder ganz allgemein der *lex fori* zurückgegriffen werden muß¹⁰³⁾ (b).

a) Vertragsstaaten

Das Problem des Schweigens als Vertragsannahme wird unter den Vertragsstaaten nach den Regeln des internationalen einheitlichen Sachrechts beurteilt, welches von Rabel zu seiner Zeit wegen seiner internationalen Herkunft nicht zu Unrecht das "wahre IPR" genannt wird¹⁰⁴⁾. Man hat es insbesondere für den Abschluß von Kaufverträgen über bewegliche Sachen für notwendig erachtet, ein einheitliches Gesetz zu schaffen, weil es bei internationalen Geschäften sehr schwer ist, festzustellen, ob ein wirksamer Vertrag zustandegekommen ist¹⁰⁵⁾.

101) BGBI. 1973, I, 856, 868.

102) Derzeit Belgien, Bundesrepublik Deutschland, Italien, Niederlande, San Marino (Bekanntmachung BGBI. 1974, II, S. 148) und Gambia (BGBI. 1974, II, S. 886, 919).

103) Grüter, RIW-AWD 1975, 611: nur für Vertragsstaaten.

104) Rabel in Festgabe Erich Kaufmann (1950), 311; = gesammelte Aufsätze III (1967), 371.

105) Ferid, Auslandsverträge, S. 37 - 43.

Wenn also ein deutsches Gericht über den Abschluß eines Kaufvertrages mit Auslandsberührung entscheiden muß, hat es zunächst die Anwendbarkeit des Kaufabschlußgesetzes zu prüfen.

Nach Art. 1 dieses Gesetzes ist das Gesetz anzuwenden, wenn im Falle des Zustandekommens des Vertrages das Einheitliche Kaufgesetz gelten würde, was dazu führt, daß der deutsche Richter das Zustandekommen des Vertrages unterstellen und dann prüfen muß, ob sich die Rechte und Pflichten nach dem Einheitlichen Kaufgesetz richten. Ist dies der Fall, dann kann man die Frage des Zustandekommens nach dem Einheitlichen Kaufabschlußgesetz beurteilen¹⁰⁶⁾.

Das Gesetz bekennt sich ferner einleitend in Art. 2 klar zum Vorrang abweichenden Parteiwillens und des Handelsbrauchs, d.h. die Einheitlichen Gesetze finden Anwendung, wenn die Parteien keine Vereinbarung über das anwendbare Recht getroffen haben, weder eine ausdrückliche noch stillschweigende¹⁰⁷⁾.

Doch kann der Antragende, auch wenn in seiner Rechtsordnung ein dahingehender Handelsbrauch existiert, den Empfänger nicht dadurch einseitig binden, daß das Schweigen als Annahme gelten soll.

Eine Angebotsklausel, wonach ein Schweigen als Annahme gelten soll, ist demnach ungültig.

Dadurch soll verhindert werden, daß der schweigenden Vertragspartei der Wille des Offerenten aufgezwungen wird, wenn sie nicht widerspricht (Art. 2 Abs. 2).

106) S. zum Ganzen Landfermann, NJW 1974, 385 f.

107) Kegel will sogar noch den hypothetischen Parteiwillen zulassen, wobei er sich auf Art. 3 stützt, in IPR, S. 256, ebenso Mann, JZ 1975, 16, dagegen Kropholler, RabelsZ 38 (1974), 372 f, 376.

Eine derartige Bedeutung kann das Schweigen aber kraft Handelsbrauchs (Bestätigungsschreiben), Verkehrssitte oder Parteigepflogenheiten erhalten¹⁰⁸⁾, wobei sich jedoch die Frage stellt, ob eine solche Bewertung nur möglich ist, wenn in beiden Ländern der Vertragsparteien diese Handelsbräuche existieren, oder ob es nicht wieder auf eine einseitige Begünstigung oder Benachteiligung - je nach den Umständen - desjenigen hinausläuft, in dessen Land nur ein solcher Handelsbrauch besteht¹⁰⁹⁾.

Diese Regel sollte nur dann durchgreifen, wenn in beiden Ländern gleiche oder zumindest ähnliche Bräuche bestehen; denn eine nur einseitige Beachtung eines Handelsbrauchs in einem der beiden Staaten läßt den Vorrang des Handelsbrauchs vor den Bestimmungen der Einheitlichen Kaufgesetze als nicht mehr, gerechtfertigt erscheinen.

Danach finden die Regeln dieses internationalen einheitlichen Sachrechts unbeschränkt Anwendung, wenn der Handelsbrauch nur in einem Land zugunsten einer Partei und zum Nachteil der anderen besteht.

Eine solche Auslegung liegt noch im Rahmen der Kaufgesetze, die in Art. 2 des Einheitlichen Kaufgesetzes (Art. 1 IX des Einheitlichen ~~Vertrags~~gesetzes) die Anwendung der Regeln des IPR ausdrücklich ausschließen, aber in Art. 17 wörtlich folgendes bestimmen:

" Fragen, die ein in diesem Gesetz geregeltes Rechtsgebiet betreffen, aber durch dieses Gesetz nicht ausdrücklich entschieden werden, sind nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, die diesem Gesetz zugrundeliegen".

108) v. Caemmerer, RabelsZ 29 (1965), 113.

109) S. auch Grüter, RIW/AWD 1975, 611, der in diesem Zusammenhang den deutschen Juristen empfiehlt, auch künftig für jedes einzelne nationale Recht prüfen zu lassen, ob das kaufmännische Bestätigungsschreiben "zieht" (Mertens/Rehbinder, Internationales Kaufrecht, Art. 6 EAG R 13).

Damit wird also ein Vorrang der Auslegung und Weiterbildung des materiellen Einheitsrechts vor einer Einschaltung des Kollisionsrechts und des von ihm berufenen materiellen Rechts statuiert. Sollte dies nicht zum Erfolg führen, so ist dann erst das Kollisionsrecht des forum zu befragen¹¹⁰⁾.

In Hinsicht auf die Problematik des Schweigens als Vertragsannahme bedeutet dies, daß zuerst die vorhandenen Regeln der einheitlichen Kaufgesetze bei einer Lücke im Gesetz ausgelegt und fortgebildet werden müssen.

aa) Artikel 6 des Einheitlichen Kaufabschlußgesetzes

Nach der Definition der Annahme in Art. 6 Abs. 1 wird gemäß Abs. 2 auch in einer konkludenten Handlung eine Annahmeerklärung gesehen, was der deutschen Vorschrift des § 151 BGB. und den in der deutschen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu dieser Norm entspricht. Dabei wird auf die Art des Angebots, die Gepflogenheiten zwischen den Parteien und die Bräuche als Annahme Rücksicht genommen.

Greift man aber nur auf die "Bräuche als Annahme" zurück, so steht wiederum in Frage, ob der "Brauch als Annahme"¹¹¹⁾ im Land nur einer Partei allein ausreichend ist, um das Zustandekommen des Vertrages herbeizuführen. Auch hier kann m.E. die Auslegung nur dazu führen, eine Annahmeerklärung als gegeben anzusehen, wenn in beiden Ländern der Vertragsparteien ein solcher Brauch besteht, der ein bestimmtes Verhalten als konkludente Handlung wertet.

Ist dies nicht der Fall, so muß das Kollisionsrecht des forum als Ergänzung herangezogen werden, also das deutsche internationale Vertragsrecht.

110) Kropholler, a.a.O., S. 379 ff.

111) Definition des Brauches in Art. 13: "Jede Übung, die vernünftige Personen gleicher Eigenschaft in der gleichen Lage als auf den Abschluß ihres Vertrages anwendbar ansehen".

Das Kollisionsrecht muß nun für diese Frage das materielle "Sachrecht"¹¹²⁾ berufen, darf aber dabei nicht übersehen, daß die Beurteilung eines menschlichen Verhaltens kraft Handelsbrauch nur dem eigenen nationalen Sachrecht des Betroffenen unterstellt werden darf, d.h. auch eine konkludente Handlung muß vom "Heimatrecht" der betroffenen Partei bewertet werden, es sei denn, daß sie im Land ihres Geschäftspartners aufgetreten ist.

bb) Artikel 7

Eine Annahme unter Erweiterungen, Ergänzungen oder sonstigen Änderungen gilt wie nach § 150 BGB als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag. Dies gilt jedoch nur, wenn die Änderung von den Angebotsbedingungen wesentlich abweicht, bei unwesentlichen ist die Annahme gültig, und der Vertrag gilt als zustandegekommen, wenn der Antragende nicht innerhalb einer kurzen Frist gegen die Abweichungen Widerspruch erhebt.

Eine Bezugnahme auf das französische Recht läßt sich nicht leugnen, das ähnliche Grundsätze entwickelt hat, aber auch ähnliche Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen hat¹¹³⁾.

Ein Schweigen gilt in diesem Zusammenhang bei unwesentlichen Änderungen als Zustimmung, so daß die deutschen Gewohnheiten, z.B. beim Bestätigungsschreiben und bei der

112) Kropholler, a.a.O., S. 379 f.

113) S.o., S. 108 ff.

modifizierten Auftragsbestätigung, auch hier Anwendung finden¹¹⁴⁾.

cc) Artikel 9

Anders als im deutschen Recht, wo nach § 150 I BGB die verspätete Annahme als neuer Antrag gilt, läßt das Einheitliche Kaufabschlußgesetz die Annahmeerklärung fortwirken, wenn es die antragende Partei wünscht.

Eine verspätet zugegangene Annahmeerklärung gilt dennoch als rechtzeitig zugegangen, wenn klar zu erkennen ist, daß sie ordentlich abgesandt wurde und unter gewöhnlichen Umständen auch rechtzeitig zugegangen wäre.

Ähnlich wie bei § 149 BGB kann auch hier ein Schweigen als Zustimmung gewertet werden (Art. 9 II).

dd) Zusammenfassung

Die häufigsten Streitpunkte beim Schweigen als Vertragsannahme sind somit von dem Einheitlichen Kaufabschlußgesetz erfaßt und geregelt worden, was aber im Verhältnis zu Frankreich nicht von Bedeutung ist. Diesem Staat gegenüber bleiben die alten Schwierigkeiten bei internationalen Geschäften in Hinsicht auf die Feststellung des Vertragschlusses weiterhin bestehen, die durch die unterschiedli-

114) Kegel, IPR, S. 259; Schweigen des Absenders der ursprünglichen Offerte bestätigt aber nicht grundsätzlich die modifizierte Annahme, so daß bei unwesentlichen Änderungen das Schweigen als Zustimmung nur ausnahmsweise angenommen werden kann. Grüter in RIW/AWD 1975, S. 612 faßt demgegenüber die unwesentlichen abgeänderte Annahme nicht als Gegenangebot und das Schweigen als dessen Annahme auf. Nach ihm wird vielmehr dogmatisch "holpernd" der Vertragsinhalt einfach von Gesetzes wegen nach Angebot und unwesentlichen Änderungen der Annahmeerklärung festgelegt. Der Wortlaut des Gesetzes spricht zwar dafür, eine Annahme mit Änderungen wird aber grundsätzlich immer als neues Angebot angesehen. Nur im Hinblick auf die Änderungen wird differenziert, ob sie nun wesentlich sind, daß sie eine ausdrückliche und konkludente Erklärung erfordern, oder ob sie unwesentlich sind, daß sie ohne weiteres als angenommen gelten können.

chen Auffassungen über den Vertragsschluß¹¹⁵⁾ entstanden sind, weil Frankreich noch nicht zu den "Vertragsstaaten" gehört, die das Abkommen unterzeichnet haben.

Im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten gilt also weiterhin das nationale Kollisionsrecht.

b) Nichtvertragsstaaten (Rechtsverkehr mit Frankreich)

Im deutsch-französischen Rechtsverkehr wird man also weiterhin versuchen müssen, alle aufkommenden Probleme im Kaufrecht mit Hilfe des nationalen IPR zu lösen. In einem Fall mit Auslandsberührung zu Frankreich hat somit ein deutsches Gericht wie üblich die Regeln des internationalen Vertragsrechts heranzuziehen, wobei es eine Sonderanknüpfung bezüglich des Schweigens auf ein Vertragsangebot vornehmen sollte, um eine ungerechte Behandlung bei der Frage nach dem anwendbaren Recht des Ausländers zu vermeiden¹¹⁶⁾.

Würde sich das Gericht der hier vertretenen Auffassung anschließen, so müßte es aber auch bedenken, daß der Rechtsanwendungsbefehl der isolierten Anknüpfung eine Gesamtverweisung ausspricht¹¹⁷⁾. Das hat zur Folge, daß die Verweisung auf das französische Recht, einschließlich des IPR, erfolgt, so daß das französische Kollisionsrecht darüber entscheiden muß, welches Recht für das Schweigen auf ein Kaufvertragsangebot Anwendung findet.

Schon vor der Schaffung der Einheitlichen Kaufgesetze¹¹⁸⁾, die nur materielles Recht betreffen, ist es gelungen, für

115) S.O., Zweiter Teil.

116) S.O., S.212 ff.

117) S. S.254 ff.

118) S.O., S.298 ff.

Kaufverträge wenigstens ein einheitliches Kollisionsrecht zu schaffen. Dies geschah durch das Haager Abkommen über das auf internationale Warenkäufe anzuwendende Recht vom 15.6.1955¹¹⁹⁾, das von Frankreich ratifiziert worden und seit dem 1.9.1964 in Kraft ist. Die Bundesrepublik Deutschland gehörte nicht zu den Unterzeichnerstaaten, was aber im Verhältnis Frankreich - Deutschland ohne Bedeutung ist, weil Frankreich dieses Abkommen auch auf Nichtvertragsstaaten, also auch auf die Bundesrepublik Deutschland, anwendet¹²⁰⁾.

Das bedeutet, daß das französische IPR bei jedem Kaufvertrag mit Auslandsberührung das Haager Kauf-IPR-Abkommen in der Beurteilung über das anwendbare Recht zugrundelegt.

Gemäß Art. 2 richten sich die Voraussetzungen für die Einigung der Vertragsparteien nach dem gewählten Recht, was zwar ausdrücklich die Rechtswahl betrifft, doch generell auch die Einstellung im französischen IPR aufzeigt, keine Spaltungen bei den Anknüpfungen vorzunehmen. Das Recht, das für den ganzen Vertrag gilt, entscheidet demnach auch über die Frage des Zustandekommens des Vertrages, damit auch über das Schweigen als Vertragsannahme. Das kann, je nach Sachverhalt, deutsches oder französisches Sachrecht sein, so daß eine Rückverweisung auf deutsches Recht möglich ist.

Trotz der Einheitlichen Kaufgesetze ist somit im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten weiterhin das autonome Kollisionsrecht des Forums maßgeblich, d.h. wenn sich ein deutsches Gericht mit dem Fall befaßt, so kann in Hinsicht auf Frankreich auch eine isolierte Anknüpfung des Schweigens als Annahme eines Kaufangebotes erforderlich sein.

119) *RabelsZ* 1952, 269; *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1964, 786.

120) S. Martiny-Reithmann, a.a.O., Rz 204 (S.161).

Wo diese Besonderheiten eines einheitlichen Sachrechts und Kollisionsrechts nicht bestehen, sollte man generell bei jedem Vertragstyp bezüglich der Bewertung eines menschlichen Verhaltens als rechtsgeschäftliche Erklärung eine isolierte Anknüpfung vornehmen. Denn gleich, ob es sich um einen Versicherungsvertrag, Anwaltsvertrag etc. handelt, in jedem Fall ist die Situation für den Betroffenen gleich schwer. Wenn ein Ausländer nicht sofort auf eine Vertragsänderung oder modifizierte Annahme reagiert, also nicht sofort widerspricht, sollte man immer die rechtlichen Bewertungsmaßstäbe seiner Rechtsordnung heranziehen, die sein Verhalten geprägt haben, um zu einem allen Interessen gerechten Ergebnis zu kommen.

Im Verhältnis zu Frankreich bedeutet das, daß ein deutsches Gericht die Frage des Schweigens auf ein Vertragsangebot, gleich, ob es sich um ein Schweigen auf eine modifizierte oder verspätete Annahme, oder um eine Vertragsänderung handelt, isoliert anknüpfen sollte, weil gerade Frankreich andere Grundlagen über den Vertragsabschluß entwickelt hat, die einem Schweigen nur unter ganz besonderen Umständen eine Erklärungswirkung beimessen¹²¹⁾. Eine Sonderanknüpfung an das Umweltrecht des Schweigenden muß aber entfallen, wenn der Ausländer im Inland aufgetreten ist¹²²⁾, wobei noch einmal betont werden muß, daß eine Vertragsinitiative in Form eines Briefes nicht ausreichen kann, um eine Unterwerfung unter fremde Rechtsregeln zu indizieren. Nur wenn der Inländer selbst oder durch eine Niederlassung im Ausland tätig wurde, muß der Schutz seines Umweltrechts entfallen¹²³⁾.

Ebenso darf der Schutz des Umweltrechts nicht weiterreichen, als ihn seine eigene Rechtsordnung vorsieht.

121) S.o., S. 131 ff.

122) S.o., S. 234 ff.

123) S.o., S. 235.

Ferner sollte das deutsche Gericht darauf achten, daß mit der Sonderanknüpfung eine Anknüpfung vorliegt, die das Ergebnis einer objektiven Interessenabwägung ist, so daß in der Verweisung, die diese Anknüpfung ausspricht, eine Gesamtverweisung zu sehen ist¹²⁴⁾, mit der Folge, daß ein Renvoi möglich ist.

2. Schweigen bei Schuldübernahme

Geht man von den gesetzlichen Vorschriften im deutschen Recht aus, die dem Schweigen die Wirkung einer Zustimmung¹²⁵⁾ beimessen, so muß man sich fragen, ob z.B. die Zustimmung Dritter auch bei einem Fall mit Auslandsberührung vom Wirkungsstatut beherrscht wird, oder ob diese Wirkungsvoraussetzungen gesondert und selbständig angeknüpft werden.

Diese Frage kann sich z.B. dann stellen, wenn sich ein ausländischer Gläubiger der Wirkung seines Schweigens als Zu-

124) S.o.S. 254ff.

125) Auch beim Schweigen als Ablehnung kann eine gesonderte Anknüpfung erforderlich sein, wie es z.B. der Fall bei der Frage des § 177 I BGB sein kann.

Das Vorliegen einer Genehmigung muß dem Recht unterstellt werden, das dem Schweigenden vertraut ist. Das kann nun, je nach den Umständen, entweder mit dem Vollmachtsstatut oder mit dem Geschäftsstatut, d.h., dem Statut, das das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft beherrscht, zusammenfallen, wobei man sich noch im deutschen Kollisionsrecht darüber streitet, ob die Fragen, die in den §§ 177 - 181 BGB intern geregelt sind, vom Vollmachts- oder Geschäftsstatut geregelt werden (BGH NJW 54, 1561; Petersen, RabelsZ 24, 340; Rabel Conflict III, 175 ff; Kegel, IPR, 244; Raape, IPR, S. 506).

Im französischen Recht werden alle Fragen vom Geschäftsstatut geregelt, so daß auch in diesem Fall eine Rückverweisung auf deutsches Recht möglich ist (Rép.Dall. dr.int.pr. "Mandat" Nr. 26 ff).

stimmung zur Schuldübernahme nach deutschem Recht (§ 416 I 2 BGB) nicht bewußt ist.

Folgender Sachverhalt könnte im deutsch-französischen Rechtsverkehr vorkommen:

"Ein deutscher Käufer kauft von einem deutschen Verkäufer in Deutschland ein Grundstück, das mit einer Hypothek zugunsten eines Franzosen belastet ist und läßt diese Hypothek auf den Kaufpreis anrechnen. Der deutsche Käufer informiert den französischen Hypothekengläubiger, der innerhalb von 8 Monaten nicht antwortet. Nach diesem Zeitraum verlangt aber dann der französische Gläubiger vom ursprünglichen Schuldner die Bezahlung der Forderung oder Duldung der Zwangsvollstreckung. Der Verkäufer beruft sich auf deutsches Recht mit seinem § 416 I 2 BGB."

Ob der Verkäufer von seiner Schuld dem französischen Gläubiger gegenüber frei geworden ist, beurteilt sich aus der Sicht des deutschen IPR nach dem Schuldstatut der übernommenen Forderung (z.B. Darlehen - Darlehensstatut)¹²⁶⁾, weil die Vertragsübernahme ein Fall der Vertragsänderung ist, Vertragsänderung aber im Geltungsbereich des Vertragsstatuts liegt, obwohl dingliche Rechte ausschließlich nach der *lex rei sitae* bewertet werden¹²⁷⁾.

Dabei steht es außer Frage, daß Grundstücke und Rechte an Grundstücken dem Recht der belegenen Sache unterstehen, doch gilt das nicht notwendig für die durch das Grundpfandrecht gesicherte Forderung.

Die Forderung richtet sich nach ihrem Statut¹²⁸⁾.

§ 416 I 2 BGB kann also nur dann Berücksichtigung finden,

126) Zweigert, Das Statut der Vertragsübernahme, RabensZ 1958, 642, 656.

127) BGHZ 1, 110, 113.

128) BGHZ 1, 110, 113; s.a. Reithmann, Internationales Vertragsrecht, Nr. 258.

- abgesehen von einer ausdrücklichen Rechtswahl -, wenn deutsches Recht anwendbar ist, was bei hypothekarisch gesicherten Forderungen an deutschen Grundstücken häufig der Fall sein kann.

Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Forderung schon nach französischem Recht beurteilt und später an einem deutschen Grundstück gesichert wird. Dann untersteht die Forderung französischem Recht, was für den französischen Gläubiger von Vorteil sein kann, weil es eine dem § 416 I 2 BGB entsprechende Vorschrift in Frankreich nicht gibt¹²⁹⁾.

Wird aber bei der Vereinbarung des Schuldverhältnisses (z.B. Darlehen) die dingliche Sicherung der Forderung durch eine Hypothek an einem deutschen Grundstück mitvereinbart, so kann dies bei der Bestimmung des Schuldstatuts ein ausreichender Hinweis auf deutsches Recht sein, wenn eine ausdrückliche Rechtswahl nicht besteht¹³⁰⁾.

Untersteht also die befreiende Schuldübernahme dem Recht, das für die übernommene Forderung maßgeblich ist, und kommt deutsches Recht daraufhin zur Anwendung, so stellt sich die Frage, ob dieses Schuldstatut auch über die Wirkungsvoraussetzungen - Zustimmung dritter Personen - entscheiden soll, was zur Folge hätte, daß die für den Ausländer ungünstige Vorschrift des § 416 I 2 BGB angewandt werden würde.

Eine Sonderanknüpfung des Schweigens muß auch hier vorgenommen werden, weil der ursprüngliche Vertragspartner (der Schuldner) des französischen Gläubigers nach französischem Recht weiterhätten würde. Eine befreiende Schuldübernahme kennt das französische Recht nicht. Ob man mit Zessionsgrundsätzen an Stelle der unbekannten Schuldübernahme versuchen würde, die Lücke auszufüllen, oder mit der Anweisung

129) Zweigert, a.a.O., S. 646; Teil II S. 81.

130) S. Reithmann, a.a.O., S. 258.

(der Verkäufer weist den französischen Gläubiger dem Käufer zu), oder einem Vertrag zugunsten Dritter oder einer Novation, der alte Schuldner bleibt weiterhin haftbar, oder der neue Schuldner verliert alle Einwendungen aus dem bisherigen Schuldverhältnis, weil nicht eine alte Schuld übergeht, sondern eine neue entsteht¹³¹⁾.

Bei Insolvenz des neuen Schuldners würde der französische Gläubiger nach französischem Recht nicht die Möglichkeit verlieren, auf den alten Schuldner zurückzugreifen, worauf er sich bei einem Schuldnerwechsel auch einstellt. Unterläßt er dann bei grenzüberschreitendem Rechtsverkehr einen nach der fremden Rechtsordnung erforderlichen Widerspruch, so muß man die Rechtsgrundsätze in der Rechtsordnung, die dem Verhalten, das der Betroffene gezeigt hat, zugrundeliegen, für eine rechtliche Beurteilung heranziehen.

Eine Sonderanknüpfung des Schweigens ist demnach auch in einem Fall des § 416 I 2 BGB notwendig. Aber auch hier muß man darauf achten, daß die Sonderanknüpfung eine Gesamtverweisung auf das französische Recht ausspricht. Nach französischem Kollisionsrecht kann man nur auf die Grundsätze der Abtretung zurückgreifen, weil die Schuldübernahme (private) das passive Gegenstück zur Abtretung ist. Entsprechend unterliegt diese Art der Schuldübernahme dann der Rechtsordnung, die für die übernommene Schuld gilt, obwohl auch in Frankreich viele das Wohnsitzrecht des Schuldners für maßgebend erklären. ¹³²⁾
Andere wiederum wenden das Wohnsitzrecht des Gläubigers an

In jedem Fall kann somit eine Rückverweisung auf deutsches Recht möglich sein.

131) Siehe Zweigert, a.a.O., S. 646; siehe auch Ferid, Das Französische Zivilrecht, Bd. 1, 2 E 169

132) S. zum Ganzen: Guldner, Zession, Legalzession und Subrogation im IPR, Aarau (Schweiz), 1930, S. 6 ff; so Valéry, Nr. 627; so Surville, Nr. 172, in Guldner, a.a.O.

C. Allgemeine Zusammenfassung

Die theoretischen Überlegungen zu der Sonderanknüpfung des Schweigens als Vertragsannahme und stillschweigenden Einbeziehung von AGB haben gezeigt, daß das besondere Annahmestatut eher der international-privatrechtlichen Gerechtigkeit entspricht, indem es allen Interessen gerecht eine Anknüpfung bei der Frage nach der Bewertung des Schweigens an das "Heimatrecht" des Betroffenen vornimmt.

Auch eine zu starre Beachtung des Ordnungsinteresses am inneren Entscheidungseinklang konnte keine Gründe für die Aufrechterhaltung eines einheitlichen Vertragsstatuts liefern. Vielmehr ist die Anknüpfung an das dem Betroffenen vertraute Recht die Folge einer Interessenabwägung, die alle rechtspolitischen Interessen berücksichtigt hat. Selbstverständlich kann die Anwendung des "Heimatrechts" des Schweigenden nicht schrankenlos sein.

Eine Grenze bildet das Verkehrsinteresse, wenn der Betroffene in dem Rechtsgebiet seines Geschäftspartners selbst oder mittels Vertreter oder mittels Niederlassung aufgetreten ist. Dann wird Art. 7 III 1 EGBGB entsprechend angewandt, d.h., das Verkehrsinteresse läßt das Parteiinteresse an der Anwendung des vertrauten Rechts des Schweigenden zurücktreten.

Eine weitere Einschränkung wird dahingehend vorgenommen, daß die Verweisung bei der Sonderanknüpfung des Schweigens als Gesamtverweisung aufgefaßt wird, d.h. in Hinsicht auf Frankreich wird auf das französische Recht unter Einschluß des französischen Kollisionsrechts verwiesen.

Das hat zur Folge, daß ein Renvoi möglich ist. Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Probleme bei der stillschweigenden Einbeziehung von AGB und dem Schweigen als Vertragsannahme haben gezeigt, daß einige Besonderheiten zu beachten sind,

die einer generellen Anwendung der isolierten Anknüpfung entgegenstehen. Insbesondere bei der Gerichtsstandsklausel muß man internationale Verträge berücksichtigen, die nur im Fall der sogenannten "halben Schriftlichkeit" eine Sonderanknüpfung zulassen. Ebenso muß bei Kaufverträgen auf das einheitliche Kaufrecht Bezug genommen werden, das im Verhältnis zu Vertragsstaaten vor dem Kollisionsrecht Anwendung findet.

Insgesamt aber kommt man zu dem Schluß, daß es bei einer solchen Problematik erforderlich sein kann und muß, eine der aufgeworfenen Teilfragen gerechte Sonderanknüpfung vorzunehmen, wie es bei der Sonderanknüpfung des Schweigens der Fall ist.

D. Schlußbetrachtung

Die Untersuchung der eingangs aufgeworfenen Probleme hat ergeben, daß in unserem Ausgangsfall das Berufungsgericht zu Recht die Behauptung der französischen Beklagten nicht auf ihre Richtigkeit hin nachgeprüft hat, daß in Frankreich das Schweigen auf eine modifizierte Annahme nicht als Zustimmung gewertet wird.

Nicht nur in diesem Einzelfall, sondern ganz generell ist das französische Recht - wie festgestellt worden ist - nicht so großzügig wie das deutsche mit einer positiven Bewertung des Schweigens, obwohl sich viele Berührungspunkte trotz gegensätzlicher Auffassungen ergeben.

Diese Unterschiede in der rechtsgeschäftlichen Bewertung eines menschlichen Verhaltens zwischen den beiden Rechtsordnungen hatten den BGH in internationalprivatrechtlicher Hinsicht bewogen, eine Sonderanknüpfung bei dieser Teilfrage, losgelöst vom Vertragsstatut, vorzunehmen.

Bedauerlicherweise hat er diesen neuen Weg in seinen folgenden Entscheidungen nicht weiter ausgebaut und hat sich später an seinen alten Grundsätzen über das Vertragsstatut orientiert. Doch heißt das nicht, daß der zuständige Senat das Problem nicht gesehen hätte; er war sich dessen bewußt, daß einerseits die Unterwerfung eines menschlichen Verhaltens in der Bewertung als rechtsgeschäftliche Erklärung unter fremde Rechtsregeln zu einem unbilligen Ergebnis führen würde, andererseits aber auch, daß die Anwendung des "Heimatrechts" des Betroffenen nicht schrankenlos sein dürfe.

Die Grundlagen für eine gerechtere, alle Interessen berücksichtigende Lösung wurden deshalb in dieser Arbeit aufgezeigt, die den Schweigenden nur bis zu einem bestimmten Grad schützen will.

Die Überlegungen haben ferner auch gezeigt, daß die Sonderanknüpfung des Schweigens der einzige Weg ist, die auch vom BGH erkannte Ungerechtigkeit in der Beurteilung eines menschlichen Verhaltens nicht aufkommen zu lassen.

Das Schweigen ist aber nur eine von vielen Ausdrucksmöglichkeiten des menschlichen Verhaltens¹⁾, d.h. in jedem Fall mit Auslandsbezug, in dem es um die Bewertung eines menschlichen Verhaltens geht, sollte immer eine Sonderanknüpfung vorgenommen werden, um eine für den Betroffenen ungerechte Bewertung seines Verhaltens zu vermeiden.

1) S. Jayme, Festschrift Bärmann, S. 509 f, "Sprachrisiko".

Lebenslauf

Geburtstag: 23.5.48

Geburtsort: Friedewald, Kreis Hersfeld (Hessen)

Staatsangehörigkeit: deutsch

Eltern: Erich Reinmüller, Ingenieur
Käthe Reinmüller, geb. Ziem

Schul Ausbildung: Volksschule
1954 - 1956 Gärtringen, Kr. Böblingen
1956 - 1958 Hebbelschule Wiesbaden
Gymnasium
1958 - 1965 Gutenbergschule Wiesbaden
1965 - 1967 Humboldtschule Wiesbaden

Wehrdienst: Oktober 1967 - März 1969

Studium: April 1969 - Juli 1974 (1. Staatsexamen)
Universität Mainz
August 1974 - Juli 1975
Universität Aix-en-Provence,
Frankreich

Rechtsreferendar: seit September 1975

